

كتاب المبسوط

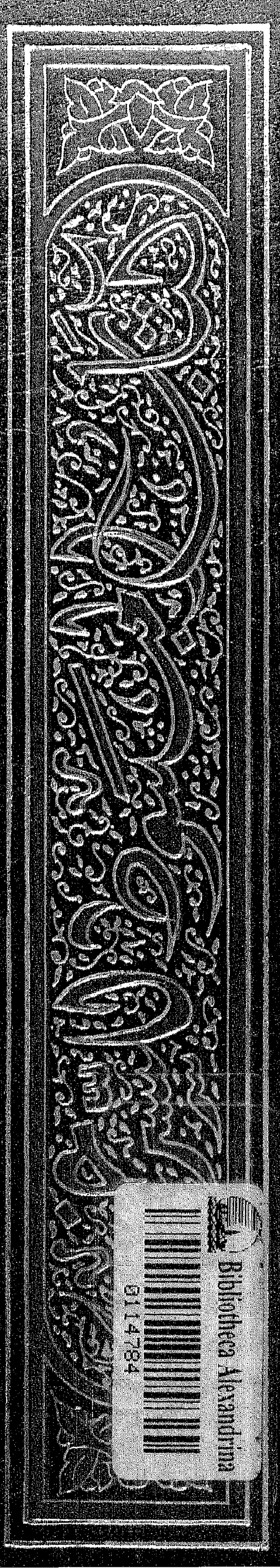
لشمس الدين السرخسي

المتوفى سنة ٤٩٠ هجرية

الجزء العاشر

١٩-٢٠











كِتَاب

المَبسُوط

لِشَمْسِ الدِّين السَّرخسِيّ

المتوفى سَنَة ٤٩٠ هِجْرِيَّة

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان

ص.ب : ٩٤٢٤/١١ - تلكس : Nasher 41245 Le

هاتف : ٣٦٦١٣٥ - ٨١٥٥٧٣ - ٨٦٨٠٥١ - ٦٠٢١٣٣

فاكس : ٠٠/٩٦١١/٦٠٢١٣٣ - ٠٠/١٢١٢/٤٧٨١٣٧٣

كتاب المبسوط

لشمس الدين السرخسي

المتوفى سنة ٤٩٠ هجرية

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

الجزء التاسع عشر

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوكالة

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء * اعلم أن الوكالة في اللغة عبارة عن الحفظ ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى بمعنى الحفيظ كما قال الله تعالى وحسبنا الله ونعم الوكيل ولهذا قال علماؤنا رحمهم الله فيمن قال لآخر وكلتك بمالي انه يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط وقيل معنى الوكالة التفويض والتسليم ومنه التوكل قال الله تعالى وعلى الله توكلنا يعني فوضنا اليه أمورنا وسلمنا فالتوكيل تفويض التصرف الى الغير وتسليم المال اليه ليتصرف فيه ثم للناس الى هذا العقد حاجة ماسة فقد يعجز الانسان عن حفظ ماله عند خروجه للسفر وقد يعجز عن التصرف في ماله لقلة هدايته وكثرة اشتغاله أو لكثرة ماله فيحتاج الى تفويض التصرف الى الغير بطريق الوكالة . وقد عرف جواز هذا العقد بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة وهذا كان توكيلا . وأما السنة فما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه وكل حكيم ابن حزام رضي الله عنه بشراء الاضحية وبه وكل عروة البارقي فلما سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم شيأ أعطاه علامة وقال ائت وكيلي بخيبر ليعطيك ماسألتني بهذه العلامة والدليل عليه الحديث الذى بدأ به محمد رحمه الله الكتاب ورواه أبو يوسف ومحمد رحمهما الله عن سالم عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس رضي الله عنها قالت طلقني زوجي ثلاثا ثم خرج الى اليمن فوكل أخاه بنفقتي فخاصمته عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لى نفقة ولا سكنى ففي هذا جواز التوكيل بالاتفاق وبظاهر الحديث يستدل ابن أبي ليلى رحمه الله فيقول ليس للمبتوتة نفقة ولا سكنى ولكنا نقول ان صح الحديث فله تأويلان أحدهما انها كانت بذيئة اللسان بذية على أحماء زوجها فاخرجوها فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد في بيت ام مكتوم رضي الله عنها تسكينا للفتنة فظنت انه لم يجعل لها نفقة ولا

سكني الثاني انه وكل أخاه بان ينفق عليها خبز الشعير ولم يكن الزوج حاضرا ليقضي عليه بشيء آخر فلهذا قالت ولم يجعل لي نفقة ولا سكنى وذكر عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنه قال كان علي كرم الله وجهه لا يحضر خصومة أبدا وكان يقول ان الشيطان ليحضرها وان لها قحما الحديث وفيه دليل على أن التحرز عن الخصومة واجب ما أمكن لما أشار اليه رضي الله عنه انه موضع لحضرة الشيطان وان للخصومة قحما أي مهالك وقال صلى الله عليه وسلم كفى بالمرء اثما أن لا يزال مخاصما قال وكان اذا خوصم في شيء من أمواله وكل عقيلا رضي الله عنه وفيه جواز التوكيل بالخصومة وبظاهره يستدل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في جواز التوكيل بغير رضا الخصم لان عليا رضي الله عنه لم يطلب رضا خصومه ولكن الظاهر أن خصومه كانوا يرضون بتوكيله لانه كان أهدى الى طرق الخصومة من غيره لو فور علمه وانما كان يختار عقيلا رضي الله عنه لانه كان ذكيا حاضر الجواب حتى حكى أن عليا رضي الله عنه استقبله يوما ومعه عنز له فقال له علي رضي الله عنه على سبيل الدعابة أحد الثلاثة أحمق فقال عقيل رضي الله عنه أما أنا وعنزي فعاقلان قال فلما كبر سن عقيل وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه اما أنه وقره لكبره أو لانه انتقص ذهنه فكان يوكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وكان ذكيا شابا وقال هو وكيلي فما قضي عليه فهو علي وما قضي له فهو لي وفي هذا دليل على أن الوكيل يقوم مقام الموكل وان القضاء عليه بمنزلة القضاء على الموكل قال فخاصمني طلحة ابن عبد الله رضي الله عنه في ضفير أحدثه علي رضي الله عنه بين أرض طلحة وأرض نفسه والضفير المسناة وفيه دليل على أنهم كانوا يختصمون فيما بينهم ولا نظن بواحد منهم سوى الجميل لكن كان يستبهم عليهم الحكم فيختصمون الى الحاكم ليبينه لهم ولهذا كانوا يسمون الحاكم فيهم المفتي فوقع عند طلحة رضي الله عنه أن عليا كرم الله وجهه أضربه وحمل عليه السيل ولم ير علي رضي الله عنه في ذلك ضررا حين أحدثه قال فوعدنا عثمان رضي الله عنه أن يركب معنا فينظر اليه وفيه دليل على أن فيما تفاقم من الامر ينبغي للامام أن يباشره بنفسه وان يركب ان احتاج الى ذلك فقال والله اني وطلحة نختصم في المواكب وان معاوية رضي الله عنه على بغلة شهباء أمام الموكب قد قدم قبل ذلك وافدا فالقي كلمة عرفت انه أعانني بها قال أرأيت هذا الضفير كان على عهد عمر رضي الله عنه قال قلت نعم قال لو كان جورا ما تركه عمر رضي الله عنه وفي هذا بيان انه لم يكن بين علي ومعاوية رضي الله عنهما في أول

الامر سوى الجميل الى أن نزغ الشيطان بينهما فوقع ما وقع قال فسار عثمان رضي الله عنه حتى رأى الضفير فقال ماأرى ضررا وقد كان على عهد عمر رضى الله عنه ولو كان جورا لم يدعه وانما قال ذلك لان عمر رضى الله كان معروفا بالعدل ودفع الظلم على ماقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينما دار عمر فالحق معه وفيه دليل على ان ما وجد قديما يترك كذلك ولا يغير الا بحجة فان عثمان رضى الله عنه ترك الضفير على حاله بسبب أنه كان قديما وذكر عن شريح رحمه الله انه يجيز بيع كل مجيز الوصي والوكيل والمجيز مايتم العقد باجازته وفيه بيان أن العقود تتوقف على الاجازة وان من يملك انشاء العقد يملك اجازته وصيا كان أو وكيلا أو مالكا لان المعتبر أن يكون تمام العقد برأيه وذلك ماحصل باجازته وذكر عن شريح رحمه الله انه قال من اشترط الخلاص فهو أحمق سلم ما بعت أو ذر ما أخذت ولا خلاص وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله بخلاف مايقوله ابراهيم النخعى رحمه الله ان من باع عبدا يؤاخذ بخلاصه يعنى اذا شرط (وهذه ثلاثة فصول * الاول) اشتراط الدرك وتفسيره رد الثمن لاستحقاق المبيع وهو شرط صحيح لانه يلائم موجب العقد وهو ثابت بدون الشرط فلا يزيده الشرط الا وكادة (والثاني) شرط العهدة وهو جائز عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فانه عبارة عن ضمان الدرك عندهما وعند أبى حنيفة رحمه الله هو باطل (وتفسيره) الصك الاصلى الذى كان عند البائع يشترط المشترى عليه أن يسلمه اليه وهذا شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين ولا يقتضيه العقد فكان باطلا (والثالث) شرط الخلاص (وتفسيره) أن يشترط على البائع أن المبيع اذا استحق من يده يخلصه حتى يسلمه اليه بأى طريق يقدر عليه وهذا باطل لانه شرط لا يقدر على الوفاء به فالمستحق ربما لا يساعده عليه ولهذا ينسبه شريح رحمه الله الى الحماقة حيث التزم ماليس فى وسعه الوفاء به واذا وكل الرجل بالخصومة في شئ فهو جائز لانه يملك المباشرة بنفسه فيملك هو صكه الى غيره ليقوم فيه مقامه وقد يحتاج لذلك أما لقلة هدايته أو لصيانة نفسه عن الابتذال فى مجلس الخصومة وقد جرى الرسم على التوكيل على أبواب القضاة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر ولا زجر زاجر فان أقر الوكيل على الذي وكله بالخصومة مطلقا فى القياس لا يجوز اقراره سواء كان فى مجلس القاضى أو فى غير مجلس القاضى وهو قول أبى يوسف الاول وقول زفر والشافعى رحمهم الله ثم رجع أبو يوسف رحمه الله فقال يصح اقراره في مجلس القاضي وفى غير مجلس

القاضي اقراره باطل وجه القياس انه وكله بالخصومة والخصومة اسم لكلام يجري بين اثنين
على سبيل المنازعة والمشاحة والاقرار اسم لكلام يجرى على سبيل المسالمة والموافقة وكان ضد
ما أمر به والتوكيل بالشيء لا يتضمن ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الهبة والبيع أو
الصلح والدليل عليه بطلان اقرار الاب والوصى على الصبي مع أن ولايتهما أعم من ولاية
الوكيل وأبو يوسف رحمه الله يقول الموكل أقام الوكيل مقام نفسه مطلقا فيقتضى أن يملك
ما كان الموكل مالكا له والموكل مالك للاقرار بنفسه فى مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء
فكذلك الوكيل وهذا لانه انما يختص بمجلس القضاء مالا يكون موجبا الا بانضمام القضاء اليه
كالبينة واليمين فاما الاقرار فهو موجب للحق بنفسه سواء حصل من الوكيل أو من الموكل
فمجلس القضاء فيه وغير مجلس القضاء سواء وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا حقيقة الخصومة
ما قال زفر رحمه الله ولكنا تركنا هذه الحقيقة وجعلنا هذا توكيلا مجازا بالجواب والاقرار
جواب تام وانما حملناه على هذا المجاز لان توكيله انما يصح شرعا بما يملكه الموكل بنفسه والذى
يتيقن به أنه يملك للموكل الجواب لا الانكار فانه اذا عرف المدعى محقا لا يملك الانكار
شرعا وتوكيله فيما لا يملك لايجوز شرعا والديانة تمنعه من قصد ذلك فلهذا حملناه على هذا النوع
من المجاز كالعبد المشترك بين اثنين يبيع أحدهما نصيبه فينصرف بيعه الى نصيبه مطلقا
ليصحح عقدة هذا الطريق غير انه انما سمى الجواب خصومة مجازا اذا حصل فى مجلس
القضاء لانه لما ترتب على خصومة الآخر اياه سمى باسمه كما قال الله تعالى وجزاء سيئة سيئة
مثلها والمجازاة لا تكون سيئة حقيقة ولان مجلس الحكم الخصومة فما يجرى فيه يسمى
خصومة مجازا وهذا لا يوجد فى غير مجلس القضاء ولانه انما استعان بالوكيل فيما يعجز عن
مباشرته بنفسه وذلك فيما يستحق عليه والمستحق عليه انما هو الجواب في مجلس الحكم بخلاف
الاب والوصى فان تصرفهما مقيد بشرط الا نظر والاصلح قال الله تعالى قل اصلاح لهم
خير وقال عز وجل ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن وذلك لا يظهر بالاقرار فلهذا
لا يملكه وان وكله بالخصومة غير جائز الاقرار عليه صح الاستثناء فى ظاهر الرواية وعن
أبي يوسف رحمه الله انه لا يصح لان من أصله ان صحة الاقرار باعتبار قيام الوكيل مقام
الموكل وهذا حكم الوكالة فلا يصح استثناؤه كما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الوكيل الثمن
أولا يسلم المبيع كان الاستثناء باطلا فاما فى ظاهر الرواية فالاستثناء صحيح لان صحة إقرار

الوكيل باعتبار ترك حقيقة اللفظ الى نوع من المجاز فهو بهذا الاستثناء بين أن مراده حقيقة الخصومة لا الجواب الذى هو مجاز بمنزلة بيع أحد الشريكين نصف العبدشائعا من النصيبين أنه لا ينصرف الى نصيبه خاصةعندالتنصيص عليه بخلاف ماااذا أطلق والثانى أن صحة اقراره وانكاره عند الاطلاق لعموم المجاز لان ذلك جواب ولاعتبار المناظرة فى المعاملات بالمناظرة فى الديانات منع موضعه فاذا استثني الاقرار كان هذا استثناء لبعض ماتناوله مطلق الكلام أو هو بيان مغاير لمقتضى مطلق الكلام فيكون صحيحا كمن حلف لا يضع قدمه فى دار فلان فدخلها ماشيا أو راكبا حنث لعموم المجاز فان قال فى يمينه ماشيا فدخلها راكبا لم يحنث لما قلنا وعلى هذا الطريق انما يصح استثناؤه الاقرار موصولا لا مفصولا عن الوكالة وعلى الطريق الاول يصح استثناؤه موصولا ومفصولا قالوا وكذلك لو استثنى الانكار صح ذلك عند محمد رحمه الله خلافا لابى يوسف رحمه الله وهذا لان انكار الوكيل قد يضر الموكل بان كان المدعى وديعة أو بضاعة فانكر الوكيل لم يسمع منه دعوى الرد والهلاك بعد صحة الانكار ويسمع منه ذلك قبل الانكار فاذا كان انكاره قد يضر الموكل صح استثناؤه الاقرار ثم اذا أقر الوكيل فى غير مجلس القاضى فلم يصح اقراره عندهما كان خارجا من الوكالة وليس له أن يخاصم بعد ذلك لانه يكون مناقضا في كلامه والمناقض لا دعوى له فيستبدل به كالاب والوصي اذا لم يصح اقرارهما على الصبي لا يملكان الخصومة في تلك الحادثة بعد ذلك واذا وكله بالخصومة فى دار يدعى فيها دعوى ثم عزله عنها ثم شهد له الوكيل بها فان كان الوكيل قد خاصم الى القاضى جازت شهادته عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولم تجز عند أبى يوسف رحمه الله وهو بناء على ما ذكرنا ان عند أبى يوسف رحمه الله بتعيينه للتوكيل صار خصما قائما مقام الموكل ولهذا جاز اقراره فيخرج من أن يكون شاهدا بنفس التوكيل وعندهما انما يصير خصما فى مجلس القاضى فكذلك انما يخرج من أن يكون شاهدا اذا خاصم فى مجلس القاضي لاقبل ذلك واذا وكله بالخصومة فله أن يعزله متى شاء لان صحة الوكالة لحاجة الموكل اليه ولما له فيها من المنفعة وذلك فى جوازها دون لزومها ولان الوكيل معيره منافعه والاعارة لا يتعلق بها اللزوم الا فى خصلة واحدة وهي أن يكون الخصم قد أخذه حتى جعله وكيلا فى الخصومة فلا يكون له أن يخرجه منها الا بمحضر من الخصم لانه تعلق بهذه الوكالة حق الخصم فانه انما خلي سبيله اعتمادا على انه يتمكن من اثبات حقه على الوكيل متى شاء فلوجوزنا

عزله بدون محضر من الخصم بأن يعزل الموكل وكيله ويخفي شخصه فلا يتوصل الخصم الى اثبات حقه فلمراعاة حق الخصم قلنا لا يتمكن من عزل الوكيل كالعزل في باب الرهن اذا كان مسلطا على بيعه لا يملك الراهن عزله لحق المرتهن وعلى هـذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق امرأته بالتماسها ثم سافر لا يملك عزل الوكيل الا بمحضر منها والاصح أنه لا يملكه هناك لانه لا حق للمرأة في سؤال الطلاق والتوكيل عند سفر الزوج وهنا للخصم حق أن يمنع خصمه من أن يسافر وان يلازمه ليثبت حقه عليه وهو انما ترك ذلك بتوكيله وعلى هـذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله اذا قال الزوج للوكيل بالطلاق كلما عزلتك فانت وكيل لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت وكالته فان تعليق الوكالة بالشرط صحيح والاصح عندي أنه يملك عزله بأن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الي المعلق والمنفذ لانا لو لم نجز ذلك أدى الى تغيير حكم الشرع بجعل الوكالة من اللوازم وذلك باطل . واذا وكله بالخصومة وهو مقيم بالبلد لم يقبل ذلك منه الا برضا من خصمه أو يكون مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام والرجال والنساء والثيب والبكر في ذلك سواء في قول أبي حنيفة رحمه الله وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول للبكر أن توكل بغير رضا الخصم وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا للمرأة ان توكل بذلك بكرا كانت أو ثيبا اذا لم يكن مروءة وفي قوله الآخر وهو قول محمد والشافعي رحمهم الله الرجل والمرأة سواء في ذلك لهم التوكيل بغير رضا الخصم ووجه هـذا القول أن التوكيل حصل بما هو من خالص حق الموكل فيكون صحيحا بغير رضا الخصم كالتوكيل بالقبض والايفاء والتقاضي وبيان ذلك انه وكله بالجواب الذي هو انكار ومن أفسد هذا التوكيل انما يفسده من هذا الوجه فان التوكيل بالاقرار صحيح والانكار خالص حق الموكل لانه يدفع به الخصم عن نفسه فعرفنا أنه وكله بما هو من خالص حقه وأبو حنيفة رحمه الله يقول هو بهذا التوكيل قصد الاضرار بخصمه فيما هو مستحق عليه فلا يملكه الا برضاه كالحوالة بالدين ومعنى هذا الكلام أن الحضور والجواب مستحق عليه بدليل أن القاضي يقطعه عن اشغاله ويحضره ليجيب خصمه وانما يحضره لايفاء حق مستحق عليه والناس يتفاوتون في هذا الجواب فرب انكار يكون أشد دفعا للمدعي من انكار والظاهر أن الموكل انما يطلب من الوكيل وذلك الاشد الذي لا يتأتى منه لو أجاب الخصم بنفسه وفيه اضرار بالخصم الا أن أبا يوسف ومحمدا رحمهما الله قالا ذلك حق الموكل

لو أتى به بنفسه كان مقبولا منه وصحة التوكيل باعتبار ما هو حق للموكل دون ما ليس الاشد لحق له كما بيناه فى المسئلة الاولى أبو حنيفة رحمه الله بنى على العرف الظاهر هنا وقال الناس انما يقصدون بهذا التوكيل أن يشتغل الوكيل بالحيل الاباطيل ليدفع حق الخصم عن الموكل وأ كثر مافى الباب أن يكون توكيله بما هو من خالص حقه ولكن لما كان يتصل به ضرر بالغير من الوجه الذي قلنا لا يملك بدون رضاه كمن استأجر دابة لركوبه أو ثوبا للبسه لا يملك ان يؤاجره من غيره وان كان يتصرف فى ملكه وهى المنفعة ولكن يتصل به ضرر بملك الغير وهو العين لان الناس يتفاوتون فى اللبس والركوب فكذلك أحد الشريكين فى العبد اذا كاتبه كان للآخر أن يفسخ وان حصل تصرف المكاتب فى ملكه لاضرار يتصل بالشريك وهذا بخلاف التوكيل بالقبض والايفاء فان الحق معلوم بصفته فلا يتصل بهذا التوكيل ضرر بالآخر وكذلك التقاضى له حد معلوم منع الوكيل من مجاوزة ذلك الحد لئلا يتضرر به الخصم فاما الخصومة فليس لها حد معلوم يعرف حتى اذاجاوزه منع منه فلهذا شرطنا رضا الخصم وهذا الشرط ليس مؤثرا فى صحة الوكالة فالتوكيل صحيح ولكن الكلام فى اسقاط حق المطالبة بجواب الموكل ولهذا لا يشترط رضا الخصم في التوكيل عند غيبة الموكل أو مرضه لانه ليس للخصم حق المطالبة باحضار الموكل فلا يكون فى التوكيل اسقاط حق مستحق عليه وهو نظير شهادة الفروع على شهادة الاصول فانها تصح عند مرض الاصول وغيبتهم مدة السفر ولا تصح عند حضورهم لاستحقاق الحضور بانفسهم للاداء فى هذه الحال وابن أبى ليلى رحمه الله كان يقول المقصود باحضار البكر لا يحصل لانها تستحيي فتسكت والشرع مكنها من ذلك فجاز لها ان توكل بغير رضا الخصم وهكذا يقول أبو يوسف رحمه الله فى المرأة التى ليست معتادة مخالطة الرجال فانها لا تتمكن من هذا الجواب اذا حضرت مجلس الحكم فان حشمة القضاء تمنعها من ذلك واذا كان المقصود لا يحصل بحضورها جاز لها أن توكل والذى نختاره فى هذه المسئلة من الجواب أن القاضي اذا علم من المدعى التعنت فى اباء الوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من الخصم واذا علم من الموكل القصد الى الاضرار بالمدعى في التوكيل لا يقبل ذلك منه الا برضا الخصم فيصير الي دفع الضرر من الجانبين . واذا وكلت امرأة رجلا أو رجل امرأة أو مسلم ذميا أو ذمى مسلما أو حر عبدا أو مكاتبا له أو لغيره باذن مولاه فذلك كله جائز لعموم الحاجة الى الوكالة فى حق هؤلاء . قال

والوكالة في كل خصومة جائزة ماخلا الحدود والقصاص أو سلعة ترد من عيب والمراد التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص فان التوكيل باستيفاء الحدود باطل بالاتفاق لان الوكيل قائم مقام الموكل والحدود تندرئ بالشبهات فلا تستوفى بما يقوم مقام الغير في ذلك من ضرب وشبهه (ألا ترى) انها لا تستوفى في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على شهادة النساء مع الرجال وكذلك التوكيل باستيفاء القصاص لا يجوز ولا يستوفى في حال غيبة الموكل عندنا وعند الشافعى رحمه الله يستوفيه الوكيل لانه محض حق العباد ومبنى حقوق العباد على الحفظ والصيانة عليهم فكان لصاحب القصاص أن لا يحضر بنفسه ويوكل باستيفائه دفعا للضرر عن نفسه كسائر حقوقه ولكنا نقول هذه عقوبة تندرئ بالشبهات فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير كالحدود ولهذا لا تستوفى في كتاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال وتوضيحه انه لو استوفى في حال غيبة الموكل كان استيفاء مع تمكن شبهة العفو لجواز أن يكون الموكل عفى بنفسه والوكيل لا يشعر به ولهذا اذا كان الموكل حاضرا يجوز للوكيل أن تستوفي لانه لا تمكن فيه شبهة العفو وقد يحتاج الموكل الى ذلك اما لقلة هدايته في الاستيفاء أو لان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل في الاستيفاء عند حضرته استحسانا فاما قوله أو سلعة ترد بالعيب فليس المراد به ان التوكيل بالخصومة في هذا غير صحيح بل المراد ان الوكيل اذا أثبت العيب فادعى البائع رضا المشترى بالعيب فليس للوكيل أن يرده بالعيب حتى يحضر المشترى فيحلف بالله ما رضي بالعيب وهذا بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا ادعى المطلوب أن الطالب قد استوفى دينه أو أبرأ المطلوب منه فانه يقال له ادفع المال الى الوكيل وأنت على خصومتك في استحلاف الموكل اذا حضر والفرق من وجهين أحدهما ان الدين حق ثابت بنفسه اذ ليس في دعوي الاستيفاء والابراء ما ينافي أصل حقه لكنه يدعى اسقاطه بعد تقرر السبب الموجب فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط فاما في العيب ان علم المشترى بالعيب وقت البيع يمنع ثبوت حقه في الرد أصلا فالبائع ليس يدعى مسقطا بل زعم أن حقه في الرد لم يثبت أصلا فلا بد من أن يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من الرد عليه والثاني ان الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ للعقد والعقد اذا انفسخ فلا يعود فلو أثبتنا حق الرد عليه تضرر الخصم بانفساخ عقده عليه فاما قضاء الدين فليس فيه فسخ عقد واذا حضر الموكل فابى أن يحلف توصل المطلوب الى حقه فلهذا أمر بقضاء الدين وفى الوكيل بأخذ الدار بالشفعة اذا ادعى الخصم

أن الموكل قد سلم وطلب يمينه على ذلك فني ظاهر الرواية هذا ومسئلة الدين سواء وللوكيل أن يأخذ بالشفعة لان المشتري يدعي مسقطا بعد تقرر السبب وعن أبي يوسف رحمه الله أن هذا ومسئلة العيب سواء لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فكما لا يقضي القاضي بفسخ العقد ما لم يحضر الموكل ويحلف فكذلك لا يقضي بالشفعة مالم يحضر الموكل ويحلف ماسلم بالشفعة فان أراد المطلوب يمين الوكيل فليس له عليه يمين فى الاستيفاء لان الاستيفاء مدعى على الطالب ولو استحلف الوكيل على ذلك كان على سبيل النيابة عنه ولا نيابة فى اليمين وقال زفر رحمه الله له أن يحلف الوكيل بالله مايعلم ان الطالب استوفى الدين لان الوكيل لو أقر باستيفاء الطالب لم يكن له أن يخاصم المطلوب فاذا أنكر استحلفه عليه كما يستحلف وارث الطالب على هذا بعد الطالب ولكنا نقول الوكيل نائب ولا نيابة فى اليمين بخلاف الوارث فانه قائم مقام المورث فى الحق فتصير اليمين مستحقة على الطالب الا أن الاستحلاف على فعل الغير يكون علما فاذا حضر الطالب فات المطلوب الا أن يحلف بالله لقد شهدت شهوده بحق لم يكن له على ذلك سبيل لان صدق الشهود شرعا بظهور عدالتهم كما ان صدق المدعى باقامة البينة فكما لا يحلف المدعى مع البينة فكذلك لا يحلف بعد ظهور عدالة الشهود الذين شهدوا بحق ولكنه يحلف بالله مااستوفيت ديني فان حلف تم قبض الوكيل وان نكل عن اليمين لزمه المال دون الوكيل لان نكوله كاقراره أو بدله فينفذ عليه دون الوكيل ولكن ان كان المال المقبوض عند الوكيل فهو حق الطالب يقبضه من الوكيل ثم يدفعه الي المطلوب بحكم نكوله وليس للمطلوب أن يرجع به على الوكيل بخلاف ما اذا أقام المطلوب البينة على القضاء فان البينة حجة فى حقهما فان شاء رجع بالمقبوض على الوكيل اذا كان قائما فى يده لانه تبين انه قبض بغير حق وان شاء أخذ الموكل به لان الوكيل عامل له فعهدة عمله عليه وان قال الوكيل قد دفعته الى الموكل أو هلك مني فالقول قوله مع يمينه لانه كان أمينا مسلطا على ما أخبر به من جهة الموكل فالقول فيه قوله وان قال أمرني فدفعته الى وكيل له أو غريم أو وهبه لي أو قضاني من حق كان لي عليه لم يصدق وضمن المال لانه يدعى تملك المقبوض لنفسه بسبب لم يعرف ذلك السبب أو يقر بالسبب الموجب للضمان على نفسه بدفعه الى غيره وادعى الامر من جهة صاحب المال ولا يثبت ذلك بقوله اذا أنكره صاحب المال فلهذا ضمن المال قال ولا يقبل من الوكيل شهادة على الوكالة فى شيء مما ذكرنا الا ومعه خصم حاضر لان شرط قبول البينة

الدعوى والانكار فكما ان انعدام الدعوي يمنع قبول البينة فكذلك انعدام الانكار ولا يتحقق الانكار الا من خصم حاضر وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقبل البينة على هذا من غير خصم ويقول الوكيل بهذه البينة لا يلزم أحدا شيأ وانما يثبت كونه نائبا عن موكله وليس فيه الزام شئ على موكله فلا معنى لاشتراط حضور الخصم ولكنا نقول انما سميت البينة لكونها مبينة فى حق المنكر وذلك لايتحقق الا بمحضر من الخصم فان أقام البينة على الوكالة بغير محضر من الخصم والتمس من القاضى ان يكتب شهادة شهوده الى قاضى بلد آخر ليقضي به فعل ذلك لان هذه الشهادة ليست للقضاء بل للنقل فان قاضى بلد ينقل شهادتهم فى كتابه الى مجلس القاضى الذى فيه الخصم كما ان شهود الفرع ينقلون شهادة الاصول بعبارتهم فكما لا يشترط فى اشهاد الفروع حضرة الخصم فكذلك هنا وان قبل القاضى البينة بغير خصم وقضى بها جاز قضاؤه لانه قضى فى فصل مختلف فيه فان العلماء رحمهم الله مختلفون فى سبب القضاء هنا ان البينة هل هى حجة بغير محضر خصم أم لا فاذا قضى بها القاضي فقد أمضى فصلا مجتهدا فيه باجتهاده فلهذا لا ينفسد قضاؤه قال ولاحد الوكيلين بالخصومة أن يخاصم وليس له أن يقبض أولا تقول الوكيل بالخصومة له أن يقبض المال عندنا وليس له أن يقبض عند زفر رحمه الله لانه أمر بالخصومة فقط والخصومة لاظهار الحق والاستيفاء ليس من الخصومة ويختار فى الخصومة ألح الناس وللقبض آمن الناس فمن يصلح للخصومة لا يرضي بامانته عادة ولكنا نقول الوكيل بالشئ مأمور باتمام ذلك الشئ واتمام الخصومة يكون بالقبض لان الخصومة قائمة ما لم يقبض ولان المقصود بالخصومة الوصول الى الحق وذلك بالقبض يكون والوكيل بالشيء يحصل ماهو المقصود به قال فان وكل رجلين بالخصومة فلاحدهما أن يخاصم عندنا بدون محضر من الآخر خلافا لزفر رحمه الله لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأى ورأى المثنى لا يكون كرأى الواحد فرضاه برأيهما لا يكون رضا برأى أحدهما كالوكيلين بالبيع ولكنا نقول لو حضر لم يخاصم الا أحدهما لانهما لو تكلما معا لم تمكن القاضى من أن يفهم كلامهما فلما وكلهما بالخصومة مع علمه ان اجتماعهما عليها متعذر فقد صار راضيا بخصومة أحدهما بخلاف الوكيلين بالبيع ولكن اذا آل الامر الى القبض فليس لاحدهما أن يقبض لانه رضى بامانتهما أو اجتماعهما فى القبض والحفظ متأت فلا يكون راضيا بقبض أحدهما وليس للوكيل أن يوكل غيره لان الناس يتفاوتون فى الخصومة قال صلى الله عليه وسلم ولعل

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض والموكل انما رضي برأيه فلا يكون له أن يوكل غيره بدون رضاه وان قال ماصنعته في شيئ ذلك جائز كان له أن يوكل غيره لانه أجاز صنعه على العموم فالتوكيل من صنعه فيجوز لوجود الرضا من الموكل به وليس للوكيل بالخصومة أن يصالح ولا أن يبيع ولا أن يهب لان هذه التصرفات ليست من الخصومة بل هى ضد الخصومة قاطعة لها والامر بالشئ لا يتضمن ضده واذا وكل رجل رجلا بقبض حق له فى دار أو بقسمة أو بخصومة فجحده ذو اليد فله أن يخاصم ويقيم البينة على حقه لانه وكله بالخصومة نصا ولانه لا يتوصل الى تميز نصيب الموكل ولا الى قبض حقه الا ببينة فكان خصما فى اثباته ليحصل مقصود الموكل واذا وكل المسلم الذمى فى خصومة فشهد شهود من أهل الذمة على ابطال حق المسلم لم يجز ذلك على المسلم لان الوكيل نائب عن الموكل وهذه البينة فى الحقيقة انما تقوم عن الموكل فلا تكون شهادة أهل الذمة حجة عليه ولو كان المسلم هو الوكيل والذمى صاحب الحق فشهد عليه قوم من أهل الذمة جاز ذلك لان الالزام فى هذه البينة على صاحب الحق دون الوكيل فان الوكيل كالنائب اذا استشهدنا الذمى انه أوصى الى مسلم فشهد قوم من أهل الذمة عليه لحق قبلت الشهادة لان الالزام على الميت أو على ورثته دون الوصى وهم من أهل الذمة فكانت شهادة أهل الذمة فى ذلك مقبولة فكذلك هنا وتوكيل الرجل الصبي بالخصومة اذا كان يعقل صحيح لانه اذا كان يعقل فله عبارة معتبرة شرعا حتى تنفذ تصرفاته باذن الولي ويجوز أن يكون وكيلا فى البيع والشراء فكذلك فى الخصومة الا أن الصبي اذا لم يكن ابن الموكل فلا ينبغي أن يوكله الا باذن أبيه لان فى هذا التوكيل استعمال الصبي فى حاجة نفسه وليس لاحد أن يفعل ذلك فى ولد غيره الا باذن أبيه واذا وكل وكيلا فى بيع أو شراء أو خصومة فذهب عقل الموكل زمانا فقد خرج الوكيل من الوكالة لانه نائب عن الموكل وهو انما انتصب نائبا عن الموكل باعتبار رأى الموكل وقد خرج الموكل بالجنون المطبق من أن يكون أهلا للرأى وصار مولى عليه فبطلت وكالة الوكيل كما تبطل بموته وهذا فى موضع كان للموكل أن يخرجه من الوكالة فاما فى كل موضع فلم يكن له أن يخرجه منها فلا تبطل بجنونه مثل الامين باليد والعدل اذا كان مسلطا على البيع لجن الراهن لان حق الغير هناك ثبت فى العين وصار ذلك لازما على الموكل فلا يبطل بجنونه ولا بموته اذا نفي الحل فأما الوكيل بالخصومة اذا كان بالتماس الخصم لجن الموكل أو مات بطلت الوكالة لان هذه الوكالة

لم تكن لازمة على الموكل (ألا ترى) ان له أن يعزل الوكيل بمحضر من الخصم وانما لا يعزله بغير محضر منه لدفع الغرور لا لحق ثابت للخصم في محل ولو كان ذهب عقله ساعة أو جن ساعة فالوكيل على وكالته لان هذا بمنزلة النوم لا ينقطع به رأى الموكل فلا يصير مولى عليه ثم أشار الى القياس والاستحسان فيه واختلفت فيه ألفاظ الكتاب فذكر في باب وكالة المكاتب القياس والاستحسان في جنون ساعة واحدة أن في القياس تبطل الوكالة وفي الاستحسان لا تبطل وفي باب الوكالة في الطلاق ذكر القياس في المتطاول وقال لا تبطل الوكالة بجنون الموكل وان تطاول لبقاء المحل الذى تعلقت الوكالة به على حق الموكل وفي الاستحسان تبطل الوكالة ثم لم يذكر في الكتاب الحد الفاصل بين القليل والكثير وذكر في النوادر ان محمدا رحمه الله كان يقول أولا اذا جن شهرا فهو متطاول ثم رجع وقدر المتطاول بجنون سنة وعن أبي يوسف رحمه الله انه قدر المتطاول بأكثر السنة وقد روى عنه انه قدر ذلك بأكثر من يوم وليلة ووجه هذا أن الجنون اذا زاد على يوم وليلة كان مسقطا لقضاء الصلاة بخلاف النوم والقليل منه كالدوام فاذا ظهرت المخالفة بين هذا القدر من الجنون وبين النوم عرفنا انه متطاول ووجه قول محمد رحمه الله أولا أن الشهر في حكم المتطاول وما دونه في حكم القريب بدليل أن من حلف ليقضين حق فلان عاجلا أو عن قريب فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه ولو لم يقضه حتى مضى الشهر كان حانثا ولان الجنون اذا استوعب الشهر كله أسقط قضاء الصوم بخلاف دونه ثم رجع فقدره بالسنة لانه لا تسقط العبادات الا باستغراق الجنون سنة كاملة فان من العبادات ما يكون التقرير فيها بحول كالزكاة على قول محمد رحمه الله ولكن أبو يوسف رحمه الله يجعل أكثر الحول كجميعه في حكم الزكاة حتي قال اذا جن في أكثر الحول لا تلزمه الزكاة فلهذا قال المتطاول ما يكون في أكثر السنة ولكن محمدا رحمه الله يقول يعتبر كمال السنة لانه اذا لم يوافقه فصل من فصول السنة ولم يفق عرفنا أن هذه آفة في أصل العقل بخلاف ما اذا كان في بعض السنة وهو قياس أجل العنين أي ان التقدير فيه بالسنة الكاملة وتوكيل الصبي رجلا باطل الا أن يكون الصبي مأذونا له لانه انما ينيب نفسه مناب غيره فيما يملكه بنفسه والصبي المحجور لا يملك التصرف بنفسه فلا يوكل غيره فاما المأذون يملك التصرف بنفسه فله أن يوكل غيره واذا وكل الرجل عبده أو امرأته بالخصومة ثم أعتق عبده أو طلق امرأته ثلاثا فهما على وكالتهما لان ما عرض لا ينافى ابتداء الوكالة فلا ينافي بقاءها

بطريق الاولى وان باع العبد فان رضى المشترى أن يكون العبد على وكالته فهو وكيل وان لم يرض بذلك فله ذلك كما لو وكله بعد البيع وهذا لان منافع العبد صارت للمشترى فلا يكون له ان يصرفها الى حاجة الموكل الا برضا المشترى قال ولو وكل المسلم الحربي فى دار الحرب والمسلم في دار الاسلام أو وكله الحربى فالوكالة باطلة لانه لا عصمة بين من هو من أهل دار الحرب وبين من هو من أهل دار الاسلام (ألا ترى) أن عصمة النكاح مع قوتها لا تبقى بين من هو فى دار الحرب وبين من هو في دار الاسلام فلان لا تثبت الوكالة أولى وهذا لان تصرف الوكيل برأى الموكل ومن هو فى دار الحرب فى حق من هو فى أهل دار الاسلام كالميت والوكيل يرجع بما يلحقه من العهدة على الموكل وتباين الدارين يمنع من هذا الرجوع قال وان وكل الحربى الحربى فى دار الحرب ثم اسلما أو أسلم أحدهما فالوكالة باطلة لان النيابة بالوكالة تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار أحكام بخلاف البيع والشراء فان ثبوت الحكم هناك بالاستيلاء حسا على ما تقتضيه (ألا ترى) ان بعد ما أسلما لم يكن لاحدهما أن يخاصم صاحبه بشئ من بقايا معاملاتهم فى دار الحرب فكذلك لا تعتبر تلك الوكالة وان أسلما جميعا ثم وكل أحدهما صاحبه أجزت ذلك بمنزلة المسلمين من الأصل واذا خرج الحربى الينا بأمان وقد وكله حربى آخر فى دار الحرب ببيع شئ أجزت ذلك لان ذلك الشئ معه يتمكن من التصرف فيه وقد ثبت حكم الأمان فيه فكأنه وكله ببيعه وهما مستأمنان فى دارنا بخلاف ما اذا لم يكن ذلك الشئ معه فان حكم الأمان لم يثبت فيه ولا يقدر الوكيل على تسليمه بحكم البيع وان كان وكله بخصومة لم يجز ذلك على الحربى لان الالزام بخصومة الوكيل انما تكون على الموكل وليس للقاضى ولاية الالزام على من هو فى دار الحرب قال وتوكيل المرتد المسلم ببيع أو قبض أو خصومة أو غير ذلك موقوف فى قول أبى حنيفة رحمه الله بمنزلة سائر تصرفاته عنده انها توقف بين أن تبطل بقتله أو موته أو لحوقه بدار الحرب وبين ان تنفذ باسلامه فكذلك وكالته وعندهما تصرفات المرتد نافذة فكذلك وكالته ولو ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب انتقضت الوكالة لانقطاع العصمة بين من هو فى دار الحرب وبين من هو فى دار الاسلام واذا قضى القاضى بلحاقه بعد موته أو جعله من أهل دار الحرب فتبطل الوكالة (ألا ترى) ان ابتداء الوكيل لا يصح فى هذه الحال فان عاد مسلما لم تعد الوكالة فى قول أبى يوسف رحمه الله وعادت فى قول محمد رحمه الله . وجه قول أبى يوسف رحمه الله ان قضاء

القاضي بلحوقه بمنزلة القضاء بموته وذلك ابطال للوكالة وبعد ماتأكد بطلان الوكالة بقضاء القاضي لاتعود الا بالتجديد ولانه لما عاد مسلما كان بمنزلة الحربي اذا أسلم الآن (ألا ترى) ان الفرقة الواقعة بينه وبين زوجته لا ترتفع بذلك فكذلك الوكالة التي بطلت لا تعود ومحمد رحمه الله يقول صحة الوكالة لحق الموكل وحقه بعد الحاقه بدار الحرب قائم ولكنه عجز عن التصرف لعارض والعارض على شرف الزوال فاذا زال صار كأن لم يكن فيبقى الوكيل على وكالته بعد ردة الموكل على حاله ولكن تعذر على الوكيل بمنزلة ما لو اغمى على الوكيل زمانا ثم افاق فهو على وكالته فاما اذا ارتد الموكل ولحق بدار الحرب بطلت الوكالة لقضاء القاضي بلحاقه بدار الحرب فان عاد مسلما لم يعد الوكيل على وكالته في رواية الكتاب فابو يوسف رحمه الله سوى بين الفصلين ومحمد رحمه الله يفرق فيقول الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة على البتات واما بردة الوكيل فلم يزل ملك الموكل قائما فكان محل تصرف الوكيل باقيا ولكنه عجز عن التصرف لعارض فاذا زال العارض صار كان لم يكن وجعل على هذه الرواية ردة الموكل بمنزلة عزله الوكيل لانه فوت محل وكالته بمنزلة مالو وكله ببيع عبد ثم اعتقه وفي السير الكبير يقول محمد رحمه الله يعود الوكيل على وكالته في هذا الفصل أيضا لان الموكل اذا عاد مسلما يعاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبد له ثم باعه الموكل بنفسه ويردعليه بالعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته فهذا مثله قال واذا وكل رجلان رجلا وأحدهما يخاصم صاحبه لم يجز أن يكون وكيلهما في الخصومة لانه يؤدى الى فساد الاحكام فانه يكون مدعيا من جانب جاحدا من الجانب الآخر والتضاد منهى عنه في البيع والشراء فاذا كان في البيع لا يصلح الواحد ان يكون وكيلا من الجانبين ففي الخصومة أولى وان كانت الخصومة لهما مع ثالث فوكل واحدا جاز لان الوكيل معبر عن الموكل والواحد يصلح ان يكون معبرا عن اثنين كما يصلح ان يكون معبرا عن واحد واذا وكل رجلا بالخصومة ثم عزله بغير علم منه لم ينعزل عندنا وقال الشافعي رحمه الله ينعزل لان نفوذ الوكالة لحق الموكل فهو بالعزل يسقط حق نفسه وينفرد المرء باسقاط حق نفسه (ألا ترى) انه يطلق زوجته ويعتق عبده بغير علم منهما ويكون ذلك صحيحا والثاني الوكالة للموكل لا عليه ولهذا لا يكون ملزما اياه فلو لم ينفرد بالعزل قبل علم الوكيل به كان ذلك عليه من وجه وذلك لا يجوز ولكنا نقول

العزل خطاب ملزم للوكيل بان يمتنع من التصرف وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب مالم يعلم به كخطاب الشرع فان أهل قباء كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد الامر بالتوجه الى الكعبة وجوز لهم ذلك رسول الله صلي الله عليه وسلم حين لم يعلموا به وكذلك كثير من الصحابة رضوان الله عليهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك وفيه نزل قوله تعالى ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا ولان هذا الخطاب مقصود للعمل ولا يتمكن من العمل مالم يعلم ولو أثبتنا العزل في حق الوكيل قبل علمه أدى الى الاضرار به والغرر ولم يثبت للوكيل عليه ولاية الاضرار به وهذا بخلاف ماإذا أعتق العبد الذي وكله ببيعه لان العزل هناك حكمي لضرورة فوات المحل فلا يتوقف على العلم وهنا انما يثبت العزل قصدا فلا يثبت حكمه في حق الوكيل مالم يعلم به دفعا للضرر عنه حتى اذا نفذ القاضي القضاء على الوكيل قبل علمه بالعزل كان نافذا وللوصى أن يوكل بالخصومة لليتامى لانه قائم مقام الاب ولانه يملك مباشرة الخصومة بنفسه فله أن يستعين بغيره بخلاف الوكيل فان هناك رأى الموكل قائم واذا عجز الوكيل عن المباشرة بنفسه فلا حاجة له الى الاستعانة بغيره بل يرجع الى الموكل ليخاصم بنفسه أو يوكل غيره وهنا رأى الموصى ثابت والصبي عاجز عن الخصومة بنفسه وانما يصير الاب وصيا له لدفع الضرر عن الصبي وذلك انما يحصل بمباشرة الوصي بنفسه تارة والاستعانة بغيره أخرى فلهذا ملك التوكيل قال واذا وكل الرجل بالخصومة عند القاضي والقاضي يعرف الموكل فهو جائز لان علم القاضي بالوكالة يتم اذا عرف الموكل وعلمه أقوى من شهادة الشهود عنده وان لم يعرفه لم يقبل ذلك منه حتى يشهد للوكيل على الوكالة شاهدان يريد به أن الوكيل اذا حضر خصم يدعي لموكله قبله مالا وذلك الخصم يجحد وكالته فالقاضي يقول للوكيل قد عرفت أن رجلا من الناس قد وكلك ولكنى لا أدرى من يدعي له الحق الآن هو ذلك الرجل أم لا لانى ما كنت أعرف ذلك الرجل فلهذا لا يجد الوكيل بدا من اقامة البينة على الوكالة من جهة ذلك الرجل الذي يدعى الحق له واذا وكل الرجل بقبض عبد له أو اجارته فادعى العبد العتق من مولاه وأقام البينة ففى القياس لا تقبل هذه البينة لانها قامت على من ليس بخصم فان الوكيل بقبض العين لا يكون خصما والعبد انما يدعى العتق على مولاه والمولي غائب ولكنه استحسن

فقال تقبل هذه البينة في قصر يد الوكيل عن العبد دون القضاء بالعتق لانها تتضمن العتق ومن صيرورته قصر يد الوكيل عن قبضه واجازته والوكيل ليس بخصم فى أحدهما وهو أثبات العتق على الموكل ولكنه خصم فى اثبات قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فلهذا قلنا البينة في قصر يد الوكيل عنه وان لم يقم العبد البينة وادعى أن له بينة حاضرة أجله القاضي ثلاثا فان أحضر بينة والا دفعه الى الوكيل لانه لا يتمكن من احضار الشهود الا بمهلة فلو لم يمهله القاضي أدى الى الاضرار بالعبد ومدة الثلاث حسن لدفع الضرر وابلاغا للعذر كما اشترطت فى الخيار وكذلك لو وكله بنقل امرأته اليه فاقامت البينة أن زوجها طلقها ثلاثا أو وكله بقبض دار فاقام ذو اليد البينة انه اشتراها من الموكل لانه وكيل بقبض العين والوكيل بقبض العين لا يكون خصما فيما يدعى على الموكل من شراء أو غير ذلك لكنه خصم فى قصر يده عنه فتقبل البينة عليه فى هذا الحكم ولو وكله بقبض دين له فأقام الغريم البينة انه قد أوفاه الطالب قبل ذلك منه في قول أبي حنيفة رحمه الله لان الوكيل بقبض الدين عنده يملك خصومته فيكون خصما عن الوكيل فيما يدعى عليه من وصول الحق اليه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الوكيل بقبض الدين كالوكيل بقبض العين فى أنه نائب محض فتقصر وكالته على ما أمر به فلا يملك الخصومة ولا يكون خصما فيما يدعي على الموكل وقاساه بالرسول فان الرسول بقبض الدين لا يملك فكذلك الوكيل لان كل واحد منهما لا يلحقه شيء من العهدة وأبو حنيفة رحمه الله يقول الوكيل بقبض الدين وكيل بالمبادلة فيكون خصما كالوكيل بالبيع وبيان ذلك أن الديون تقضي بامثالها فكان الموكل وكله بان يملك المطلوب ما فى ذمته بما يستوفى منه بخلاف الوكيل بقبض الدين فليس فيه من معنى التمليك شيء ثم قبض الدين من وجه مبادلة من وجه كانه غير حق الموكل لان من الديون ما لا يجوز الاستبدال به فلاعتبار شبهه بقبض العين قلنا لا تلحقه العهدة في المقبوض ولاعتبار شبهه بالمبادلة قلنا يملك الخصومة وليس هذا كالرسول فان الرسول فى البيع لا يخاصم بخلاف الوكيل فكذلك فى قبض الدين وهذا لان الرسالة غير الوكالة (ألا ترى) أن الله تعالى سمى محمدا صلى الله عليه وسلم رسولا الى الخلق بقوله تعالى يا أيها الرسول ونفى عنه الوكالة بقوله قل لست عليكم بوكيل وقال الله تعالى وما أنت عليهم بوكيل فظهرت المغايرة بينهما والله أعلم

باب الشهادة في الوكالة

(قال رحمه الله) ويجوز من الشهادة فى الوكالة مايجوز فى غيرها من حقوق الناس لان الوكالة لا تندرئ بالشبهات اذا وقع فيها الغلط أمكن التدارك والتلافى فتكون بمنزلة سائر الحقوق فى الحجة والاثبات أو دونه ولا تفسد باختلاف الشاهدين فى الوقت والمكان لانها كلام يعاد ويكرر ويكون الثانى عين الاول فاختلاف الشاهدين فيه في المكان والزمان لا يكون فى المشهود به وان شهدا على الوكالة وزادا انه كان عزله عنها جازت شهادتهما على الوكالة ولم تجز شهادة احدهما على العزل عندنا وقال زفر رحمه الله لا يقضى بهذه الشهادة بالوكالة في الحال لان أحد الشاهدين يزعم انه ليس بوكيل فى الحال فكيف يقضى بالوكالة بهذه الحجة ولكنا نقول العزل يكون اخراجا للوكيل من الوكالة ولا يتبين به أنه لم يكن وكيلا فقد اتفق الشاهدان على الوكالة وبعد ثبوتها تكون باقية الى ان يظهر العزل فانما يقضى القاضى ببقاء الوكالة لان دليل العزل لم يظهر بشهادة الواحد وان شهد احدهما انه وكله بخصومة فلان فى دار سماها وشهد الآخر انه وكله بالخصومة فيها وفى شئ آخر جازت الشهادة في الدار التى اجتماعلها لان الوكالة تقبل التخصيص فانه أنابه وقد ينيب الغير مناب نفسه فى شئ دون شئ فقيما اتفق عليه الشاهدان تثبت الوكالة وفيما تفرد به احدهما لم تثبت وهو قياس مالو شهد أحد شاهدى الطلاق أنه طلق زينب وشهد الآخر انه طلقها وعمرة فتطلق زينب خاصة لاتفاق الشاهدين عليها فكذلك هنا وان شهد له شاهدان بالوكالة والوكيل لا يدرى انه وكله أو لم يوكله غير أنه قال اخبرنى الشهود أنه وكلنى بذلك فأنا اطلبها فهو جائز لان بخبر الشاهدين يثبت العلم للقاضى بالوكالة حتى يقضي بها فكذلك يثبت العلم للوكيل حتى يطلبها بل أولى لان دعوى الوكيل غير ملزمة وقضاء القاضى ملزم وهو نظير الوارث اذا أخبره الشاهدان بحق لمورثه على فلان جاز له أن يدعى ذلك ليشهدا له وان شهدا على وكالته فى شئ معروف والوكيل يجحد الوكالة ويقول لم يوكلنى فان كان الوكيل هو الطالب فليس له ان يأخذ بتلك الوكالة لانه أكذب شهوده حين جحد الوكالة واكذاب المدعى شهوده يبطل شهادتهم له بخلاف الأول فانه هناك ما أكذب شهوده بقوله لا أدرى أوكلنى أم لا ولكنه احتاط لنفسه وبين انه ليس عنده علم اليقين بوكالته وانما يعتمد خبر الشاهدين اياه بذلك وذلك يوجب العلم من حيث الظاهر فان كان الوكيل هو المطلوب فان شهدا انه قبل الوكالة لزمته الوكالة لان

توكيل المطلوب بعد قبول الوكالة مجبر على جواب الخصم دفعا للضرر عن الطالب فانا لولم نجبره على ذلك وقد غاب المطلوب تضرر المدعى بتعذر اثبات حقه عليه فانما شهدا عليه بما هو ملزم اياه فقبلت الشهادة وان يشهد على قبوله وله ان يقبل وله ان يردلان الثابت من التوكيل بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاين توكيل المطلوب اياه كان هو بالخيار ان شاء رد لان احدا لا يقدر على ان يلزم غيره شيئا بدون رضاه فكذلك هنا ولو لم نجبره على الجواب هنا لا يلحق المدعي ضرر من جهة الوكيل وانما يلحقه الضرر بترك النظر لنفسه فاما بعد القبول فلو لم يجبره على الجواب تضرر الطالب بمعنى من جهة الوكيل لانه انما ترك المطلوب اعتمادا على قبول الوكيل الوكالة وتجوز شهادة الذميين على توكيل المسلم مسلما أو ذميا بقبض دينه من مسلم أو ذمى لان في هذه البينة معنى الالزام على المسلم فان الوكالة متى ثبتت استفاد المطلوب البراءة من حقه بدفع الدين الى الوكيل وكان المقبوض امانة في يد الوكيل اذا هلك ضاع حق المسلم وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة في الزام شئ على المسلم وان كان الطالب ذميا والوكيل مسلما والمطلوب ذميا جازت شهادتهما لان الالزام فى هذه الشهادة على الذمى فانهما تلزم المطلوب دفع المال وهو ذمى ويبرأ بهذا الدفع عن حق الطالب وهو ذمى وشهادة أهل الذمة حجة على الذمى وان كان المطلوب مسلما فان كان منكرا للوكالة لم تجز شهادتهما لان فيها الزام قضاء الدين على المسلم المطلوب فيجبر على دفع المال الى الوكيل متى ثبتت الوكالة وشهادة أهل الذمة لا تصلح للالزام على المسلم فان كان المطلوب مقرا بالدين والوكالة جازت شهادتهم لان معنى الالزام فيها على الطالب فاما الالزام على الطالب فقد ثبت باقراره بالدين والوكالة (ألا ترى) أن هذه البينة وان لم تقم كان هو مجبرا على دفع المال الى الوكيل وانما تثبت بهذه البينة براءته عن حق الطالب بالدفع الى الوكيل والطالب ذمى واذا كان المطلوب غائبا فادعى الطالب فى داره دعوى وتفاها المطلوب فشهدا بنا المطلوب أنه قد وكل هذا الوكيل بخصومته في هذه الدار والوكيل يجحد ذلك فهو باطل لانهما يشهدان لأبيهما فانهما يثبتان بشهادتهما نائبا عن أبيهما ليخاصم الطالب ويقيم البينة حجة للدفع فيقرر به ملك أبيهما وشهادة الولد لا تقبل لابيه قال وكذلك لو كان الطالب يجحد الوكالة لان الوكيل ان كان جاحدا للوكالة فليس هنا من يدعيها وبدون الدعوى لا تقبل الشهادة على الوكالة وان كان الوكيل مدعيا للوكالة فالطالب لا يكون مجبرا على الدعوى وان كان هذا الرجل وكيلا كما لا يجبر على الدعوى

عند حضرة المطلوب مع ان الابنين نصبا نائبا عن أبيهما ليثبتا حجة الدفع لابيهما على الطالب ولو أن رجلا كان له على رجل مال فغاب الطالب ودفع المطلوب المال الى رجل ادعى انه وكيل الطالب في قبضه فقبضه ثم قدم الطالب فجحد ذلك فشهد للمطلوب ابنا الطالب بالوكالة جازت الشهادة لانهما يشهدان على أبيهما فان هذه الشهادة لو انعدمت كان للطالب أن يرجع في حقه على المطلوب اذا حلف انه لم يوكل الوكيل وعند قبول هذه الشهادة يبطل حقه في الرجوع على المطلوب ويستفيد المطلوب البراءة بما دفع الى الوكيل فظهر أنهما يشهدان على أبيهما وشهادة الواحد على والده مقبولة ولو وكل رجل رجلا بقبض دين له على رجل وغاب فشهد على ذلك ابنا الطالب والمطلوب يجحد الوكالة لم تجز الشهادة لانهما ينصبان نائبا عن أبيهما ليطالب المطلوب بالدين ويستوفيه فيتعين به حق أبيهما فكانا شاهدين له وان أقر بها المطلوب وادعاها أحدهما جازت لان المطلوب باقراره بالوكالة صار مجبرا على دفع المال الى الوكيل بدون هذه الشهادة فهذه الشهادة تقوم على الطالب في اثبات البراءة للمطلوب عن حقه بالدفع الى الوكيل وشهادة الابنين على أبيهما مقبولة وان كان في يديه فشهد ابنا الطالب أن أباهما وكل هذا بالخصومة فيها وجحد ذلك المطلوب أو أقر لم تجز الشهادة أما اذا جحد فلما بيناه في الفصل الاول وأما اذا أقر به فلانه بهذا الاقرار لم يصر مجبرا على الدفع الى الوكيل ولا على جوابه ان خاصمه (ألا ترى) أن البينة لو لم تقم هنا لم يكن الوكيل مجبرا بشهادتهما على شيء وان أقر بوكالته فانما يصير مجبرا بشهادتهما وهو بذلك يصير نائبا لابيهما ملزما على الغير فلا تقبل شهادتهما فيه (وأصل هذه المسئلة) أن من جاء الى المديون وقال أنا وكيل صاحب الدين في قبض الدين منك فصدقه فانه يجبر على دفع المال اليه ولو جاء الى المودع وقال انا وكيل صاحب الوديعة في قبض الوديعة منك فصدقه فانه لا يجبر على الدفع اليه لان المديون انما يقضي الدين بملك نفسه فهو بالتصديق يثبت له حق القبض في ملكه واقراره في ملك نفسه ملزم فاما في الوديعة فهو بالتصديق يقر بحق القبض له في ملك الغير وقوله ليس بملزم في حق الغير وقد روي عن أبي يوسف رحمه الله أن المودع اذا صدق مدعي الوكالة فيها يجبر على دفعها الى الوكيل لان باقرار الوكيل يكون أولى بامساكها منه واليد حقه فاقراره بها لغيره يكون ملزما ولانه يقر أنه يصير ضامنا بالامتناع من الدفع الى الوكيل بعد طلبه واقراره بسبب الضمان على نفسه مثبت اياه ولا يثبت ذلك الضمان

الا بثبوت الوكالة فاجبر على الدفع اليه ولو كان مسلم في يده دارا دعى ذمى فيها دعوى ووكل وكيلا بشهادة أهل الذمة لم تجز شهادتهم على الوكالة سواء أقر المسلم بالوكالة أو أنكرها أما اذا أنكرها فلان فى هذه الشهادة الزام الجواب على المسلم عند دعوى الوكيل وأما اذا أقر بها فلان اقراره بالوكالة لا يلزمه الجواب هنا لما بينا أن اقراره لحق الغير فانه يلزمه ذلك بشهادة الشهود وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة على المسلم وان كان ذلك فى دين وهو مقر به وبالوكالة أجبرته على دفعه الى الوكيل لانه ليس فى هذه الشهادة الزام شىء على المسلم وصار مجبرا باقراره على دفع الدين الى الوكيل قال وليس هذا كالوكالة بالخصومة يريد به أن باقرار المطلوب يكون هذا وكيل الطالب بالخصومة ولا يلزمه الجواب لان اقراره يتناول حق الغير فهو بمنزلة اقراره بالوكالة بقبض العين بخلاف اقراره بالوكالة بقبض الدين واذا شهد الشاهدان فشهد أحدهما أن فلانا وكل فلانا بقبض الدين الذى على فلان وشهد الآخر أنه أمره بأخذه منه أو أرسله ليأخذه فان كان المطلوب مقرا بالدين فله أن يأخذه لان الشاهدين اتفقا على ثبوت حق القبض له فان الرسول والمأمور به له حق القبض عند اقرار المطلوب بالدين كالوكيل وان جحد المطلوب الدين لم يكن هذا خصما له أما عندهما فظاهر فان الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة عندهما وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أيضا وأما على ظاهر الرواية فالوكيل يملك الخصومة دون الرسول والمأمور بالقبض كالرسول فانما الشاهد له لحق الخصومة واحد وبشهادة الواحد لا يثبت شىء وان شهدا جميعا انه وكله بقبضه فحينئذ يكون خصما فى اثبات الدين اذا جحد المطلوب ذلك باتفاق الشاهدين على ما يثبت له حق الخصومة عند أبى حنيفة رحمه الله ولو وكله بتقاضى دين له بشهود ثم غاب فشهد ابنان للطالب ان أباهما قد عزله عن الوكالة وادعى المطلوب شهادتهما جازت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما للمطلوب فان العزل اذا ثبت لم يكن المطلوب مجبرا على الدفع الى الوكيل وشهادتهما على أبيهما مقبولة وان لم تدع شهادتهما أجبر على دفع المال الى الوكيل لان الوكالة ظاهرة فجحوده للعزل اقرار بثبوت حق القبض له فى ماله وذلك صحيح (وبهذه المسئلة) يتبين أن الوكيل بالتقاضى له أن يقبض كالوكيل بالخصومة بخلاف ما ظنه بعض أصحابنا رحمهم الله حيث جعلوا الوكيل بالتقاضى حجة لزفر رحمه الله فى الخلافية وتكلفوا للفرق بينهما وكذلك شهادة الاجنبيين فى هذا فان جاء الطالب بعد دفع المال فقال قد كنت أخرجته من الوكالة

فأنا أضمن المطلوب لان دفعه اليه باقراره فان كان الشاهد على العزل أمين الطالب لم يكن له أن يضمن المطلوب شيأ لان شهادتهما الآن لابيهما على المطلوب فان أصل الوكالة ثابت وذلك يوجب براءة المطلوب بالدفع الى الوكيل ما لم يثبت العزل فلهذا لا تقبل الشهادة وان كان الشاهدان على العزل أجنبيين فقد ثبت العزل بشهادتهما وكان للطالب أن يرجع بماله على المطلوب اذا شهدا أن الوكيل علم بالعزل وان شهد الابنان قبل قدوم أبيهما ان أباهما قد أخرج هذا من الوكالة ووكل هذا الآخر بقبض المال وان أقر المطلوب بذلك دفعه الى الآخر لاقراره بثبوت حق القبض له فى ملكه لا بشهادة الابنين بالوكالة له وان جحد دفعه الى الاول لان وكالته ثابتة ولم يثبت العزل بشهادتهما حين أنكره المطلوب فكان مجبرا على دفع المال اليه فان كان الطالب ذميا فشهد مسلمان انه وكل هذا المسلم بقبض دينه على هذا والمطلوب مقر و شهد الذميان أنه عزله عن الوكالة ووكل هذا الآخر لم يجز على الوكيل الاول لان حق القبض ثابت له بظهور وكالته وهو مسلم فشهادة الذميين عليه بابطال حقه لاتكون مقبولة ولو كان الوكيل الاول ذميا جازت عليه لان شهادة أهل الذمة فى ابطال حقه حجة عليه واذا شهد ابنا الوكيل أن الطالب أخرج أباهما عن الوكالة ووكل هذا الآخر بقبض المال فهو جائز لانهما يشهدان على أبيهما فى ابطال حق القبض الثابت له ويشهدان للآخر بثبوت حق القبض له وليس بينه وبينهما سبب التهمة ولو كان الشاهدان ابنى الوكيل لم تجز شهادتهما على الوكالة لابيهما لانهما يشهدان بثبوت حق القبض له ويجوز على اخراج الاول لانهما يشهدان عليه بالعزل وبطلان حقه فى القبض واذا شهد أنه جعله وكيلا فى الخصومة فى الدين الذى على فلان وشهد الآخر انه وكله بقبضه قبلت شهادتهما فى قول أبى حنيفة رحمه الله فى الخصومة والقبض جميعا وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تقبل فى القبض اذا أقر المطلوب بالدين ولا تقبل فى الخصومة اذا جحد المطلوب الدين وفى قول زفر رحمه الله لاتقبل فى واحد منهما وهذا بناء على ما سبق أن الوكيل بالخصومة يملك القبض عندنا والوكيل بالقبض يملك الخصومة عند أبى حنيفة رحمه الله فقد اتفق الشاهدان على الحكمين معنى وانما اختلفا فى العبارة وذلك لا يمنع قبول الشهادة كما لو شهد أحدهما بالتخلى والآخر بالهبة وعندهما الوكيل بالقبض لا يملك الخصومة فقد اتفق الشاهدان على ثبوت حق القبض له فاما الشاهد بحق الخصومة لأحدهما فيثبت فيما اتفقا عليه دون ما انفرد به أحدهما وعند زفر رحمه الله الوكيل

بالخصومة لا يملك القبض والوكيل بالقبض لا يملك الخصومة والشاهد أثبت أحد الامرين ولا تتم الحجة بشهادة الواحد وان شهد أحدهما انه وكله ببيع هذا العبد وشهد الآخر انه وكله بالبيع وقال لا تبع حتى تستأمرني فباع الوكيل العبد فهو جائز في القياس وقول الآخر حتى تستأمرني باطل لأنهما اتفقا على الوكالة بالبيع وانفرد أحدهما بزيادة لفظ وهو قوله لاتبع حتى تستأمرني فكان قياس مالو شهد أحدهما بالعزل وقد بينا هناك انه يثبت ما اتفقا عليه من الوكالة ولا يثبت ما انفرد به أحدهما وهو العزل فهذا مثله فقد أشار الى القياس ولم يذكر الاستحسان وقيل جواب الاستحسان انه لا يقضى بشئ لانه في قوله لاتبع حتى تستأمرني يفسد الوكالة فانما شهد أحدهما بوكالة مطلقة والآخر بوكالة مقيدة والمقيد غير المطلق فلم يثبت واحد منهما بخلاف العزل فانه رفع للوكالة لا يفسد لها ولو قال احد الشاهدين وكل هذا بالبيع وقال الآخر وكل هذا وهذا لم يكن لهما ولا لاحدهما ان يبيع لان الشاهد بوكالة الثاني واحد ولا تثبت وكالته بشهادة الواحد والشاهد بثبوت حق التفرد للأول بالبيع واحد وهو الذى شهد بوكالته خاصة فان الاخر شهد بوكالة الاثنين وليس لأحد الوكيلين ان ينفرد بالبيع فلهذا لم يكن لاحدهما ان يبيع فان قيل اذا اجتمعا على البيع كان ينبغي أن ينفذ لاتفاق الشاهدين على نفوذه عند مباشرتهما ولا اعتبار بمباشرة الثاني لانه ليس بوكيل من جهة صاحب العبد فان الشاهد بوكالته واحد وليس بوكيل من جهة الوكيل الاول فسقط اعتبار مباشرته لنفوذ هذا البيع وكذلك هذا في قبض الدين ولو كان هذا في الوكالة بالخصومة كان الذى اجتمعا عليه هو الخصم لانهما اتفقا على ثبوت حق التفرد له في الخصومة فان أحد الوكيلين في الخصومة ينفرد بها ولكن اذا قضى له لا يملك القبض لان أحد الوكيلين لا ينفرد بالقبض فليس على ثبوت حق التفرد له بالقبض الا شاهد واحد فلهذا لا يقبضه وان شهد أحدهما انه قال أنت وكيلي في قبض هذا الدين وشهد الآخر انه قال انت حسيبي في قبضه كان جائزا لان كل واحد من اللفظين عبارة عن الوكالة فان الحسيب نافذ الامر وذلك يكون بالوكالة وانما اختلفا في العبارة وذلك لا يمنع قبول الشهادة وكذلك لو شهدا هكذا في الخصومة أو قبض العين وان قال أحدهما انه قال أنت وكيلي وقال الآخر انه قال أنت وصيي لا تقبل هذه الشهادة لان الوصية تكون بعد الموت وحكمها مخالف لحكم الوكالة فلم تبق شهادة الشاهدين على شئ واحدا لا ان يشهد انه قال انت وصيي في حياتي فالوصية في الحياة

تكون وكالة لانه أنابه في التصرف حال قيام ولايته وذلك انما يكون بالوكالة وانما الاختلاف بين الشاهدين هنا في العبارة وذلك لا يمنع قبول الشهادة وان شهد أحدهما أنه وكله بالخصومة في هذه الدار الى قاضي الكوفة وشهد الآخر انه وكله بالخصومة في هذه الدار الى قاضي البصرة فهو جائز وهو وكيل بالخصومة لان المطلوب قضاء القاضي لا عين القاضي واقضية القضاة لا تختلف بل تكون بصفة واحدة في أي مكان كان قاضيا فقد اتفق الشاهدان على ما هو المقصود وهو الوكالة (ألا ترى) انه لو وكله بالخصومة عند القاضي فعزل أومات فاستقضي غيره كان له أن يخاصم عنده وكذلك لو تحول الخصم الى بلدة أخرى كان للوكيل أن يخاصم عند قاضيها وهذا بخلاف ما لو شهد أحدهما انه جعله وكيلا بالخصومة الى فلان الفقيه وقال الآخر الى فلان الآخر فهذا باطل لان الفقيه انما يصير حاكما بتراضيهما وكل واحد منهما يشهد برضا الموكل بحكومة إنسان على حدة فلم يثبت واحد من الأمرين وهذا لان حكم الحكم بمنزلة الصلح لانه يعتمد تراضي الخصمين وذلك ليس بمعلوم في نفسه بل يتفاوت بتفاوت عدل الحكم وميله الى أحدهما ورضاه بالتحكيم الى انسان لا يكون رضا بالحكم الى غيره وكذلك ان سمى أحدهما القاضي والآخر الفقيه لان الشاهد على التوكيل بالخصومة الى فلان الفقيه لا يملك التحكيم فعرفنا اختلاف المشهود به وان شهد أحدهما انه وكله بطلاق فلانة وفلانة وقال الآخر فلانة وحدها فهو وكيل في طلاق التي اجتمعا عليها لاتفاق الشاهدين على ذلك فاما في طلاق الاخرى فالشاهد بالوكالة واحد ولو شهد أحدهما انه وكله بقبض هذا الدين وشهد الآخر انه سلطه على قبضه فالتسليط على القبض توكيل وانما الاختلاف بين الشاهدين في العبارة وذلك لا يمنع قبول الشهادة وكذلك هذا في كل عقد ولو شهد رجلان على وكالة رجل بالخصومة في دار فاثبته القاضي وكيلا فيها ثم رجعا لم أضمنهما لانهما بالشهادة على الوكالة لم يتلفا على أحد شيئا وانما نصبا عن الموكل نائبا ليطالب بحقه والشاهد عند الرجوع انما يضمن ما أتلف بشهادته ثم رجوعهما غير مقبول في حق الوكيل فيضمن القاضي وكالته على حالها واذا ادعى الوكيل دعوى في دار في يدي رجل لموكله فانكر ذو اليد الوكالة والدعوى فشهد ابنا ذي اليد على الوكالة بالخصومة فهو جائز لانهما يشهدان على أبيهما فانهما يلزمانه الجواب عند دعوي الوكيل واذا أشهدا رجلين على شهادتهما ثم ارتد الاصليان ثم أسلما لم تجز شهادة الآخرين على شهادتهما لان شهادتهما عند الآخرين تبطل بارتدادهما بمنزلة شهادتهما عند القاضي

فانهما لو شهدا عند القاضي ثم ارتدا قبل القضاء بطلت شهادتهما فكذلك اذا شهدا عند الفرعيين والحاصل ان ردتهما لا يبطل أصل شهادتهما انما يبطل أداؤهما لان سبب أصل الشهادة مما بينهما وذلك لا ينعدم بالردة ولان اقتران الردة بالتحمل لا يمنع صحة تحمل الشهادة فاعتراضها لا يمنع البقاء بطريق الاولى فاما اقتران الردة بالاداء فيمنع صحة الأداء فاعتراضها بعد الاداء قبل حصول المقصود به يكون مبطلا للاداء وانما يجوز للفرعيين ان يشهدا بأداء الاصليين عندهما وقد بطل ذلك بردتهما وان شهد الاصليان بانفسهما بعد ما أسلما جازت شهادتهما لبقاء أصل الشهادة لهما بعد الردة وكذلك لو شهد على شهادتهما رجلان ثم فسقا لم يجزأ داؤهما لان أداءهما عند الفرعيين بمنزلة أدائهما عند القاضي وفسق الشاهدين عند الاداء يمنع القاضي من العمل بشهادتهما فكذلك فسقهما هنا يمنع الفرعيين من أن يشهدا على شهادتهما ولكن انما يبطل بفسقهما اداؤهما لا أصل شهادتهما حتى اذا تابا واصلحا ثم شهدا بذلك جاز وكذلك لو شهدا على شهادتهما بعد التوبة ذلك الشاهدان أو غيرهما جاز فان شهد الفرعيان على شهادة الفاسقين عند القاضي فردهما لتهمة الأولين لم يقبلها أبدا من الأولين ولا ممن يشهد على شهادتهما لان الفرعيين نقلا شهادة الاصليين الى القاضي فكأنهما حضرا بانفسهما وشهدا والفاسق اذا شهد فرد القاضي شهادته تأبد ذلك الرد ولان الفسق لا يعدم الأهلية للشهادة فالمردود كان شهادة وقد حكم القاضي ببطلانها فلا يصححها بعد ذلك أبدا وان كان الاصليان عدلين فرد القاضي الشهادة لفسق الفرعيين ثم حضر الاصليان وشهدا قبل القاضي شهادتهما لان القاضي انما أبطل هنا نقل الفرعيين لفسق فيهما وما أبطل المنقول وهو شهادة الاصليين لان ابطال الفسق المنقول لا يكون الا بعد ثبوته في مجلسه ولم يثبت ذلك الا بنقل الفاسق بخلاف الاول فان النقل هناك قد ثبت بعدالة الفرعيين وانما يبطل القاضي المنقول وهو شهادة الاصليين فلا يقبلها بعد ذلك وكذلك ان شهد شاهدان على شهادة عبدين أو كافرين على مسلم فرد القاضي ذلك ثم عتق العبد ان أو أسلم الكافران فشهدا بذلك جاز لانهما لو شهدا عند القاضي بانفسهما فرد القاضي شهادتهما ثم اعادا بعد العتق والاسلام قبل ذلك منهما لما ان المردود لم يكن شهادة فان العبد ليس من أهل الشهادة وكذلك الكافر ليس من أهل الشهادة على المسلم فلم يحكم القاضي ببطلان ما هو شهادة هنا فله أن يقبلها بعد ذلك بخلاف الفاسقين فاذا ثبت هذا الحكم عند ادائهما فكذلك عند أداء الفرعيين ولا تجوز شهادة أهل الحرب بعضهم على

بعض في دار الحرب لان حال الحربي في دار الحرب كحال الارقاء أو دون ذلك لانه لا يملك دفع ملك الغير عن نفسه بالاستيلاء فلا شهادة لهم ولا يجوز لقاضي المسلمين أن يعمل بذلك ان كتب به اليه ملكهم اما لانه ليس بحجة أو لان ملكهم بمنزلة الواحد منهم فلا يكون كتابه حجة عند القاضي انما الحجة كتاب القاضي الى القاضي وملكهم ليس بقاض في حق قاضي المسلمين ولا في دار الاسلام فلهذا لا يلتفت الى كتابه والله أعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي في الوكالة

(قال رحمه الله) واذا وكل الرجل بالخصومة في دار له يقبضها والدار في مصر سوى المصر الذي هو فيه فأراد أن يأخذ كتاب القاضي بالوكالة فذلك جائز لان الوكالة تثبت مع الشهادة فيجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي والقياس يأبى كون كتاب القاضي الى القاضي حجة لان القاضي الكاتب لا ولاية له على الخصم الذي هو في غير بلده وكتابه لا يكون حجة عليه ولان الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم والكتاب قد يفتعل ولكنا تركنا القياس لحديث علي رضي الله عنه وكرم الله وجهه فان فيه كتاب القاضي الى القاضي ولان بالناس حاجة ماسة الى ذلك لانه قد يتعذر عليه الجمع بين الخصم وبين شهوده في مجلس القضاء وربما لا يعرف عدالة شهوده في المصر الذي فيه الخصم لو شهد على شهادتهم قبيل كتاب القاضي الى القاضي لينقل شهوده كتابه الى مجلس قاضي البلد الذي فيه الخصم ويثبت عدالتهم في كتابه فلاجل الحاجة جوزنا ذلك بشرط ان يحتاط فيه ثم بين صفة الكتاب فقال ينبغي للقاضي ان يسئله البينة انه فلان بن فلان الفلاني بعينه وهذا اذا لم يعرفه القاضي باسمه ونسبه فان كان ذلك معلوما له فعلم القاضي فيه أبلغ من البينة فلا يسأله البينة على ذلك ولكن يذكر في كتابه وقد أثبته معرفة واذا كان لا يعرف اسمه ويشتبه فلا بد من أن يسأله البينة على ذلك لانه يحتاج في كتابه الى أن يعرفه عند القاضي المكتوب اليه وتعريف الغائب انما يكون بالاسم والنسب فالم يثبت ذلك عنده لا يمكنه ان يعرفه في كتابه واذا أثبت ذلك الشهود عنده وزكوا كتب له وسماه وينسبه الى أبيه وقبيلته قالوا وتمام التعريف ان يذكر اسم أبيه واسم جده وان ذكر قبيلته مع ذلك فهو أبلغ وان ترك ذلك لم يضره ويذكر في كتابه انه قد أقام عنده البينة بذلك وزكوا شهوده في السر والعلانية وان شاء سمى الشهود وان شاء

ترك ذكرهم وقال اعرف وجهه واسمه ونسبه لان تعريفه عند القاضي المكتوب اليه كتاب القاضي لا شهوده عند القاضي الكاتب فيجوز ان يترك ذكرهم ثم يكتب وذكر ان دارا في البصرة في بني فلان ويذكر حدودها له وانه قد وكل في الخصومة فيها وقبضها فلانا بن فلان فان كان الوكيل حاضرا عند الكاتب جلاه مع ذلك في الكتاب ليكون أبلغ وان ترك ذلك لم يضره ثم يختم الكتاب ليؤمن بالختم من التغيير والزيادة والنقصان فيه ويشهد على ختمه شاهدين واذا قدم الوكيل كتابه سأله القاضي البينة على الكتاب والخاتم وما فيه لانه يوهم ان هذا كتاب القاضي اليه وهو لا يعرف حقيقة ذلك وما غاب عن القاضي علمه فطريق اثباته عنده شهادة شاهدين وعلم الشاهدين بما في الكتاب شرط عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله (وهي مسئلة أدب القاضي) فان شهدوا بذلك فزكوا سأل الوكيل البينة أنه فلان بن فلان بعينه وهذا اذا كان المكتوب اليه لا يعرف الوكيل باسمه ونسبه فاذا كان يعرفه فلا حاجة الى اقامة البينة عليه وان كان لا يعرفه يقول للوكيل قد علمت بهذا الكتاب ان الوكيل فلان بن فلان ولكن لا ادرى انك ذلك الرجل أم لا فيحتاج الى اقامة البينة على اسمه ونسبه لهذا فاذا أقام البينة وزكوا ادعى بحجة صاحبه في الدار لانه قائم مقام الموكل ولو حضر الموكل بنفسه طالبه بالحجة على مايدعى من الحق في الدار فكذلك اذا حضر وكيله وان سأل القاضي الوكيل البينة ان فلان بن فلان بعينه قبل ان يسأله البينة على الكتاب فذلك صواب وأحسن لانه لا بد في اقامة البينة على الكتاب والخاتم من مدعيه والمدعى من ذكر له انه وكيل وأنا عرفت عنده بالاسم والنسب فيقيم البينة أولا على اسمه ونسبه حتى اذا ثبت انه فلان بن فلان سمع دعواه في كتاب القاضي وختمه فهذا الترتيب أحسن والاول جائز أيضا لانه ليس في أحدهما بدون صاحبه الزام شيء على الخصم فبأيهما كانت البداءة جاز ولا ينبغي للقاضي أن يفتح كتاب القاضي الا والخصم معه لانه مندوب الى أن يصون نفسه عن أسباب التهمة ولو فتح الكتاب بدون حضور الخصم ربما يتهمه الخصم بتغيير شيء منه واذا قبض الوكيل الدار لم يكن له أن يؤاجرها ولا يرهنها ولا يسكنها أحدا لانه انما وكل بالخصومة فيها وبقبضها وهذه التصرفات وراء ذلك فهو فيها كاجنبي آخر وان ادعى رجل فيها دعوى فهو خصم فيها لانه وكله بالخصومة فيها ولم يسم في الوكالة أحدا بعينه فان كان سمى في الوكالة انسانا لم يكن له أن يخصم غيره لان التخصيص في الوكالة

صحيح اذا كان مقيدا وهذا مقيد اما لان الموكل رضي بكونه نائبا عنه في الاثبات له على فلان دون الاثبات عليه لغيره أو لان الناس يتفاوتون في الخصومة فقد يقدر الوكيل على دفع خصومة انسان ولا يقدر على دفع خصومة غيره لكثرة هدايته في وجوه الحيل والقاضي في التوكيل لنفسه بمنزلة غيره من الرعايا لانه مالك للتصرف في حقوق نفسه فله أن يوكل غيره بذلك ولا يجوز قضاؤه بين وكيله وبين خصمه لان قضاءه لوكيله بمنزلة قضائه لنفسه وهو في حق نفسه لا يكون قاضيا لان القضاء فوق ولاية الشهادة واذا كان المرء في حق نفسه لا يكون شاهدا فكذلك لا يكون قاضيا وكذلك كل من لا تجوز شهادته له من أبيه أو أمه أو زوجته أو ابنه لا يجوز قضاؤه له ولا لوكيله وكل من جازت شهادته له جاز قضاؤه له لان أقرب الاسباب الى القضاء الشهادة فان القضاء يكون بالشهادة والشهادة تصح بالقضاء فاذا جعل في حكم الشهادة من سميا بمنزلة نفسه فكذلك في حكم القضاء ولو أن رجلا وصى بثلث ماله للقاضي وأوصى الى رجل آخر لم يجز قضاء القاضي لذلك الميت بشيء من الاشياء لان له نصيبا فيما يقضي به للميت من المال فكان قاضيا لنفسه من وجه فكما لا يقضي عند دعوى الوصي فكذلك عند دعوى الوكيل للوصي وكذلك ان كان القاضي أحد ورثة الميت ولم يوص له بشيء لانه قاض لنفسه من وجه وكذلك ان كان الموصى له أو الوارث ابن القاضي أو امرأته لانه بمنزلة نفسه (ألا ترى) أنه لا يصلح للشهادة فيما يدعي للميت من المال فكذلك لا يصلح للقضاء وكذلك ان كان للقاضي على الميت دين لانه بهذا القضاء يمهد محل حقه فانه اذا اثبت بقضائه تركة الميت استبد باستيفائه بدينه فكان قاضيا لنفسه من هذا الوجه ولو اختصم رجلان في شيء فوكل أحدهما ابن القاضي أو عبده أو مكاتبه لم يجز قضاء القاضي للوكيل على خصمه لان حق القبض بقضائه يثبت للوكيل فاذا كان عبده أو ابنه كان بمنزلة القضاء له ولو قضى للخصم على الوكيل جاز بمنزلة قضائه على ابنه أو عبده اذ لا تهمة في قضائه على ابنه وانما التهمة في قضائه له (ألا ترى) ان شهادته على ابنه مقبولة بخلاف شهادته له واذا وكل رجلا بالخصومة ثم ولى الوكيل القضاء لم يجز قضاؤه في ذلك لانه فيما يدعيه لنفسه لا يكون قاضيا فكذلك فيما هو وكيل فيه لان حق القبض يثبت له فلو أراد أن يجعل مكانه وكيلا آخر لم يجز أيضا لان الموكل ما رضي بتوكيل غيره ولكنه لو عزل عن القضاء كانت وكالته على حالها لان نفاذ القضاء لا ينافي الوكالة وان كان يمنعه من القضاء بها كما لا ينافي أصل حقوقه وان كان هو ممنوعا من

القضاء بها (ألا ترى) انه لو وكل وهو قاض كان التوكيل صحيحا وكان وكيلا حتى اذا عزل كان وكيلا فاذا كان اقتران القضاء بالوكالة لا يمنع ثبوتها فطريانه لا يرفعها وكان بطريق الأولى وكذلك لو وكل رجل القاضي ببيع أو شراء أو قبض جاز ذلك لانه يملك البيع والشراء لنفسه فكذلك للغير وكذلك لو وكل القاضي بالخصومة فهو على وكالته اذا عزل عن القضاء وان قال له الموكل ماصنعت من شئ فهو جائز فوكل القاضي وكيلا يخاصم اليه بذلك فالتوكيل صحيح لان الموكل أجاز صنعه على العموم والتوكيل من صنعه ولكن لايجوز قضاؤه للوكيل لانه اذا كان هو الذي وكله فقضاؤه له كقضائه لنفسه من وجه (ألا ترى) انه لا يصح ان يكون شاهدا فيما يدعيه وكيله وكذلك لو كان هذا وكيل ابنه أو بعض من هو ممن لا يجوز شهادته له قال واذا وكل القاضي ببيع عبده وكيلا فباعه فخاصم المشترى الوكيل فى عيب لم يجز قضاء القاضي فيه لموكله لانه بمنزلة قضائه لنفسه فان مايلحق الوكيل من العهدة يرجع به على الموكل فيندفع عنه أيضا فى الحقيقة انما يندفع عن الموكل وان قضى به على الوكيل جاز لان أكثر مافيه أنه بمنزلة القضاء على نفسه ولا تهمة فى ذلك فكذلك على ابنه ومن لا يجوز شهادته له ولو وكل القاضي وكيلا يبيع لليتامى شيئا ثم خاصم المشترى في عينه جاز قضاء القاضي للوكيل فى ذلك لان الوكيل هنا نائب عن اليتيم لا عن القاضي حتى اذا لحقته عهدة رجع بها فى مال اليتيم فلا يكون القاضي فى هذا القضاء دافعا عن نفسه واذا وكل ابن القاضي وكيلا فى خصومة فخاصم الى القاضي ثم مات الموكل لم يجز له أن يقضى للوكيل به لانه فيما يقضي به له نصيب فيه وان قضي به قبل موت الموكل جاز لانه لا حق للوارث قبل موت المورث في ماله ولكن هذا اذا كان الوارث ممن تجوز شهادة القاضي له ولو وكلت امرأة القاضي وكيلا بالخصومة ثم بانت منه وانقضت عدتها فقضى لوكيلها جاز وكذلك وكيل مكاتبه اذا عتق المكاتب قبل القضاء والحاصل ان المعتبر وقت القضاء لا وقت التوكيل لان الالزام انما يكون بالقضاء فاذا لم يكن عند ذلك سبب ممكن للتهمة كان القضاء نافذا والا فلا واذا كان ابن القاضي وصيا ليتيم لم يجز قضاؤه فى أمر اليتيم لان فيما يقضى به لليتيم حق القبض يثبت للوصي فاذا كان الوصي ابن القاضي كان هذا بمنزلة قضائه لابنه من وجه فلهذا لا يجوز والله أعلم

باب وكالة وصي اليتيم

(قال رحمه الله) ويجوز لوصي اليتيم أن يوكل في كل ما يجوز له أن يعمله بنفسه من أمور اليتيم وقد بينا الفرق بين الوصي والوكيل مع أنه لا فرق في الحقيقة لان الوصي مفوض اليه الامر على العموم ولو فوض الي الوكيل بهذه الصيغة بان قال ماصنعت من شيء فهو جائز كان له أن يوكل غيره فكذلك الوصي فان بلغ اليتيم قبل أن يصنع الوكيل ذلك لم يجز له أن يفعله لان حق التصرف للوكيل باعتبار حق التصرف للوصي وببلوغ اليتيم عن عقل انعزل الوصي حتى لا يملك التصرف فكذلك وكيله ولان استدامة الوكالة بعد بلوغ اليتيم كانشائها ولو وكله الوصي بعد بلوغ اليتيم لم يجز فكذلك لا تبقى وكالته واذا وكل اليتيم بشيء من أموره وكيلا لم يجز الا باجازة وصيه كما لو باشر ذلك التصرف بنفسه لا يجوز الا باجازة وصيه فان كان لليتيم وصيان فوكل كل واحد منهما رجلا على حدة بشيء مما ذكرنا قام وكيل كل واحد منهما مقامه وجاز له ما يجوز له لان بالتوكيل أقامه مقام نفسه وهو في حق نفسه مستبد بالتصرف فيقوم كل واحد من الوكيلين مقام موكله ثم ان الخلاف معروف في أن أحد الوصيين لا ينفرد بالتصرف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا في أشياء معدودة خلافا لابي يوسف رحمه الله فكذلك وكيل كل واحد منهما قال واذا كان الصبي في حجر ذي رحم محرم يعوله وليس بوصي له لم يجز عليه بيع ولا شراء ولا خصومة ولا غير ذلك لان نفوذ هذه التصرفات يعتمد الولاية ولا ولاية له على اليتيم فلا ينفذ تصرفه فيما سوى اجارته وقبض الصدقة والهبة له استحسانا اما اجارة نفسه ففي القياس لا يجوز لانها تعقد على منافع نفسه ويلزمه بحكم ذلك العقد تسلم نفسه ولا ولاية له عليه في ذلك ولكنه استحسن فقال المقصود من هذه الاجارة أن يتعلم الصبي ما يكتسب به اذا احتاج اليه وهو منفعة محضة له لو أراد من يعوله أن يعلمه ذلك بنفسه ويستخدمه في ذلك ليتعلم جاز ذلك فكذلك له أن يسلمه الي غيره ليعلمه ذلك من غير عوض يحصل له فاذا أجره لذلك لحصل له عوض بازاء منافعه فكان الى الجواز أقرب والزام التسليم بحكم هذا العقد فيه منفعة لليتيم لانه يبقى محفوظا بيد من يحفظه وهو محتاج الى الحافظ فاذن قبض الهبة والصدقة لا يستدعي الولاية (ألا ترى) ان القبض للصبي وله أن يقبض بنفسه اذا كان يعقل ذلك هو لانه محض منفعة لا يشوبها

ضرر ولا معتبر بالولاية فيه (ألا ترى) ان من يعوله يحفظه ويحفظ ماسمعه من ماله فكذلك يحفظ مايوهب له ولا يتأتى ذلك الا ببينة وان أجر عبده أودابته لم يجز لان الاجارة نوع بيع يعتمد الولاية ولا مقصود فيه سوى أسباب المال فيكون بمنزلة بيع الرقبة قال واذا وكل وصي الميت وكيلا فى خصومة اليتيم أو بيع أو شراء ثم مات الوصي بطلت الوكالة لان نفوذ تصرف الوكيل باعتبار ولاية الوصي ورأيه وقد انقطع ذلك بموته فتبطل الوكالة أيضا والله أعلم

باب الوكالة بالقيام على الدار وقبض الغلة والبيع

(قال رحمه الله) واذا وكل وكيلا بالقيام على داره واجارتها وقبض غلتها لم يكن له ان يبنى ولا يرم شيئا منها لانه تصرف وراء ماأمر به وانه انما أمر بحفظ عينها والاعتياض عن منافعها والبناء والترميم ليسا من هذا فى شئ بل هو احداث شئ آخر فيها فلا يمكنه بدون أمر صاحبها وكذلك لا يكون وكيلا فى خصومتها لانه مأمور بحفظها كالمودع ولا يكون المودع وكيلا بالخصومة لمن يدعى فى الوديعة حقا فكذلك هذا ولو هدم رجل منها بيتا كان وكيلا بالخصومة فى ذلك بمنزلة المودع وهذا لان الهادم استهلك شيئا مما فى يده وقد أمر بحفظه وحفظ الشئ بامساك عينه حال بقائه ولا بدل له عند استهلاك العين ولا يتوصل الى ذلك الا بان يخاصم المستهلك ليسترد فكان خصما فى ذلك كما يكون خصما للغاصب فى استرداد العين وكذلك لو أجرها من رجل فجحد ذلك الرجل الاجارة كان خصما له حتى يثبتها عليه لانه هو الذى باشر العقد والاجارة أحد البيعين والمباشر للبيع هو الخصم فى اثباته عند الحاجة وكذلك المباشر للاجارة وان وقعت الحاجة الى اثبات تسليم العين اليه كان الخصم له فى ذلك أيضا لانه هو الذى يسلمها وكذلك ان سكنها المستأجر وجحد الاجر فانما كان وجوب الاجر بعقد الوكيل وقبض الحق اليه فكان خصما في اثباته لان الاجارة من العقود التى تتعلق الحقوق فيها بالعاقد وليس للوكيل أن يدعي شيئا من هذه الدار لنفسه لانه أقر أنه وكيل فيها وذلك يهدم دعواه فان بين كونه مالكا للعين وبين كونه وكيلا فيها منافاة فاقراره بالوكالة يجعله مناقضا فى دعواه الملك لنفسه وليس لهذا الوكيل أن يوكل بها غيره وكذلك الوكيل بالبيع ليس له أن يوكل غيره به الاعلي قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى فانه يقول لما ملك

الوكيل التصرف بنفسه بعد الموكل ملك التفويض الى غيره بالوكالة كما في حقوق نفسه ولكنا نقول الموكل وصى برأى الوكيل الاول والناس يتفاوتون في الرأى فلا يكون رضاه برأيه فيما يحتاج فيه الى الرأى رضا برأى غيره وكان هو في توكيل الغير به مباشرا غير ما أمره به الموكل ومتصرفا على خلاف مارضى به فلا يجوز الا أن يبيع الوكيل الثاني بمحضر من الوكيل الاول فحينئذ يجوز عندنا استحسانا وعندزفر رحمه الله لايجوز كما لوباعه في حال غيبته وهذا لان حقوق العقد انما تتعلق بالعاقد والموكل انما رضى بان تتعلق الحقوق بالوكيل الاول دون الثاني ولو جاز بيع الثاني بمحضر من الأول تعلقت الحقوق به دون الأول ولكنا نقول مقصود الموكل من هذا أن يكون تمام العقد برأى الوكيل الأول وان كان هو حاضرا فاتمام العقد برأيه فكان مقصوده حاصلا بخلاف ما اذا كان غائبا والدليل عليه أنه اذا كان حاضرا يصير كانه هو المباشر للعقد (ألا ترى) ان الاب اذا زوج ابنته البالغة بشهادة رجل واحد بحضرتها يجعل كانها هي التي باشرت العقد حتى يصلح الاب ان يكون شاهدا ولا معتبر بالعقد فانه لوباعه غيره فأجاز الوكيل جاز لان تمام العقد برأيه وان كانت حقوق العقد تتعلق بالمباشر عند الاجازة فكذلك اذا باع بمحضر منه ولو كانا وكيلين في اجارة أو بيع ففعل ذلك أحدهما دون الآخر لم يجز لان الموكل رضى برأيهما ورأى أحدهما لا يكون برأيهما وهذا بخلاف الوكيلين بالخصومة لان هناك يتعذر اجتماعهما على الخصومة فيكون الموكل راضيا بخصومة كل واحد منهما على الانفراد وهنا اجتماعهما في العقد يتيسر وهذا عقد يحتاج فيه الى الرأى والتدبير فلا ينفرد به أحدهما اذا رضى الموكل برأيهما وكذلك المرمة والبناء في هذا ولو باعه الوكيل بالبيع من نفسه أو من ابن له صغير لم يجز وان صرح الموكل بذلك لان الواحد في باب البيع اذا باشر العقد من الجانبين يؤدي الى تضاد الاحكام فانه يكون مستردا مستقضيا قابضا مسلما مخاصما في العيب ومخاصما وفيه من التضاد مالايخفى ولو باعه له من ابن له كبير أو امرأته أو واحد ممن لاتجوز شهادته له لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله بمطلق الوكالة أيضا ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الا من عبده ومكاتبه هكذا أطلق الجواب في كتاب البيوع والوكالة وفي المضاربة يقول بيعه من هؤلاء بمثل القيمة يجوز وانما الخلاف في البيوع بالغبن اليسير فمن اصحابنا رحمهم الله من يقول من يقيس هناك يقيس في الوكالة أيضا ومنهم من فرق بين الوكيلين والمضارب ثم وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

انه ليس للوكيل فيما يشترى هؤلاء ملك ولا حق ملك فبيعه منهم كبيعه من أجنبى آخر بخلاف العبد والمكاتب فان كسب عبده له وفى كسب مكاتبه له حق الملك فتلحقه التهمة بالبيع منهما فلا يملك ذلك كما لا يملك البيع من نفسه وأبو حنيفة رحمه الله يقول الوكيل بالبيع يوجب الحق للمشترى فى ملك الغير والانسان متهم فى حق ابنه وامرأته فيما يوجبه لهما فى ملك الغير (ألا ترى) أنه لو شهد له لا تقبل شهادته وجعل بمنزلة الشاهد لنفسه أو لعبده أو مكاتبه فكذلك اذا باعه منه ثم ان كان الخلاف فى البيع بالغبن اليسير فكلام أبى حنيفة رحمه الله واضح فيه لانه فى حق الاجنبي انما جعل الغبن اليسير عفوا لانه ليس بينه وبين الوكيل سبب يجر اليه تهمة الميل فالظاهر انه خفي عليه ذلك فاما ما بينه وبين ابنه أو أبيه فسبب يجر تهمة الميل لنفوذ الوكالة وان اجريت على اطلاقها فتخصيصها بالتهمة (ألا ترى) أنه لا يملك البيع من هؤلاء بالغبن الفاحش بالاتفاق واذا دخله الخصوص حمل على أخص الخصوص وهو جعل الخلاف على البيع بمثل القيمة والفرق بين المضارب والوكيل ان المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه (ألا ترى) أنه لا يجوز نهيه عن التصرف بعد ماصار المال عروضا وانه شريكه فى الربح فلا تلحقه التهمة فى البيع بمثل القيمة من هؤلاء لانه انفاذ فى العين دون المالية وفى الغبن هو كالمتصرف لنفسه بخلاف البيع بالغبن فانه ايثار له فى شىء من المالية وهو فى ذلك نائب محض فاما الوكيل ففى العين والمالية جميعا نائب فلهذا لا يجوز بيعه من هؤلاء بمثل القيمة الا أن يكون الموكل قد أجاز له فى الوكالة بان قال له بع ممن شئت العموم فحينئذ يجوز بيعه من هؤلاء وهذه الزيادة لم يذكرها هنا لانه لما فوض الامر اليه على العموم كان ذلك بمنزلة التنصيص على البيع من هؤلاء فان اللفظ العام يكون نصا في كل مايتناوله فلهذا جاز بيعه من هؤلاء بعد هذه الزيادة الا من عبده الذى لا دين عليه لانه لا نص على بيعه منه فلم يجز فان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فاما عند اطلاق الوكالة فلا يملك البيع من هؤلاء لان الامر مطلق والمطلق غير العام فلم يكن اطلاقه بمنزلة التنصيص على كل بيع يباشره فلهذا لا يملك البيع من هؤلاء لتمكن سبب التهمة بينه وبينهم كما لا يبيعه من مكاتبه قال واذا باع الوكيل الدار والخادم فطعن المشترى بعيب فخصومته فى العيب مع الوكيل حتى يرده وكذلك الخصومة في العين الى الوكيل حتى يقبضه عندنا وهو بناء على أن حقوق العقد عندنا تتعلق بالوكيل فى البيع والشراء وعلى قول الشافعى رحمه الله حقوق

العقد تتعلق بالموكل وليس للوكيل من ذلك شيء لأنه نائب في التصرف عن الموكل معبر عنه فلا تتعلق حقوق العقد به كالوكيل بالنكاح ودليل الوصف أن حكم العقد وهو الملك يثبت للموكل دون الوكيل ولنا ان العاقد لغيره في البيع والشراء كالعاقد لنفسه لان مباشرته العقد بالولاية الاصلية الثابتة له الا أنه كان لا ينفذ تصرفه بهذه الولاية في محل هو مملوك للغير الا برضا المالك به فالتوكيل لتنفيذ حكم التصرف في محل الاثبات والولاية له واذا كان تصرفه بالولاية الاصلية كان عقده لنفسه ولغيره سواء فيما هو من حقوقه والدليل عليه أنه مستغن عن اضافة العقد الى الموكل فان الوكيل بشراء شيء بعينه لو لم يضف العقد الى الموكل يقع للموكل بخلاف النكاح حتى اذا أضافه الى نفسه كان العقد له دون الموكل فعرفنا أنه معبر عنه (توضيحه) أن الوكيل بالنكاح ليس له قبض المعقود عليه والوكيل بالشراء له قبض السلعة وحقيقة الفرق أن كل عقد يجوز أن ينتقل موجبه من شخص الى شخص فالوكيل فيه كالعاقد لنفسه وكل عقد لا يجوز أن ينتقل موجبه من شخص الى شخص فالوكيل فيه يكون مغايرا فموجب النكاح ملك البضع وهو لا يحتمل النقل وموجب الشراء ملك الرقبة وهو يحتمل النقل فيجعل كأن الوكيل يملكه بالشراء ثم ملكه من الموكل هذا على طريقة الكرخي رحمه الله حيث يقول الملك أولا فاما على طريقة أبي طاهر الدباس رحمه الله الملك يقع للموكل ولكن يعقده الوكيل على سبيل الخلافة عنه وملك النكاح لا يحتمل مثل هذه الخلافة فاما ملك المال فيحتمل (ألا ترى) أن بعقد العبد الملك يقع لمولاه وبعقد المورث يقع لوارثه بعد موته فلهذا كان الوكيل فيه بمنزلة العاقد لنفسه فيما هو من حقوق العقد واذا رد عليه بالعيب بغير قضاء قاض بعيب يحدث مثله أولا يحدث لزمه دون الآمر وقد بينا اختلاف الروايات في هذا في الاقرار أما وكيل الاجارة فله أن يقبل بدون القاضي واذا قبله لم يلزمه ومن اصحابنا رحمهم الله من قال لا فرق بينهما لان المعقود عليه في الاجارة لا يصير مقبوضا بقبض الدار ولهذا لو تلف بانهدام الدار كان في ضمان الاجير فيكون هذا من البيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب بغير قضاء القاضي قبل القبض وهناك يلزم الآمر فكذلك في الاجارة فاما في الكتاب فعلل للفرق بين الفصلين وقال لان فسخ الاجارة ليس باجارة ومعنى هذا أن القول بالعيب بغير قضاء القاضي في البيع يجعل بمنزلة عقد مبتدإ في حق غير المتعاقدين والموكل غيرهما فصار في حقه كان الوكيل اشتراه ابتداء فيلزمه دون

الآمر وفى الاجارة لايجعل هكذا لان على أحد الطرفين الاجارة فى معنى عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فبعد الرد بالعيب يمتنع الانعقاد لا ان يجعل ذلك عقدا مبتدأ بين المستأجر والوكيل وعلى الطريقة الاخرى العقد منعقد باعتبار اقامة المعقود عليه وهو المنفعة وهذا حكم ثبت للضرورة ولا ضرورة الى أن يجعل الرد بالعيب عقدا مبتدأ ليقام رقبة الدار فيه مقام المنفعة قال وللوكيل بالبيع أن يبيع بالنسيئة لانه أمر بالبيع مطلقا ومن اعتبر أمره فى شئ بغير اطلاق جعل أمره كأوامر الشرع فالامتثال انما يحصل باصل البيع لا بصفة النقد والنسيئة لان ذلك قيد والمطلق غير المقيد (ألا ترى) ان التكفير لما كان بتحرير رقبة مطلقة استوى فيه الذكر والانثى والصغير والكبير وللوكيل بالبيع أن يأخذ بالثمن رهنا أو كفيلا لان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء فان موجبه ثبوت يد الاستيفاء وللوكيل ان يستوفى الثمن والكفالة وثيقة لجانب اللزوم لانه يزداد به لمطلق المطالبة فانه يطالب الكفيل بعد الكفالة مع بقاء الكفالة والمطالبة على الاصيل كما كانت والمطالبة من حقوق الوكيل وله ان يحتال بالثمن ان كان قال له ما صنعت من شئ فهو جائز لان موجب الحوالة تحول الثمن من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه فان جوز بصيغة العموم نفذ هذا التصرف منه على الموكل لانه من صنعه وان لم يكن قال له هذا فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله يجوز قبول الحوالة فى حق براءة المشترى ويكون الوكيل ضامنا الثمن للموكل وعند أبى يوسف رحمه الله لا يجوز (واصل المسئلة فى الابراء) ان الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشترى من الثمن جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وصار ضامنا للموكل قياسا وفى قول أبى يوسف رحمه الله لا يجوز ابراؤه استحسانا لان الثمن فى ذمة المشترى ملك للموكل فانه بدل ملكه لانه انما يملك البدل بملك الاصل فابراء الوكيل تصرف فى ملك الغير على خلاف ما أمره به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه من المشترى ودليل الخلاف أنه يصير ضامنا عندهما * وحجة أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ان الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل (ألا ترى) ان الموكل لا يمنعه من ذلك ولو أراد أن يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو فى الابراء عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه الا أن بقبضه يتعين ملك الآمر فى المقبوض فاذا انسد عليه هذا الباب فبابرائه صار ضامنا بمنزلة الراهن يعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ولكنه يضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء من مالية العبد عليه بهذا الاعتاق اذا عرفنا هذا فى الابراء

قلنا الحوالة ابراء المشتري بتحويل الحق الى ذمة المحال عليه فلا يجوز عند أبي يوسف رحمه الله لانه تصرف في حق الموكل بخلاف ما أمره به ويجوز عندهما ويكون الوكيل ضامنا كما لو ابرأه بغير حوالة وعلى هذا لو حط البائع عن المشترى بعض الثمن بعيب أو بغير عيب فان كان قال له ماصنعت من شئ فهو جائز فهذا من صنعه فيجوز فى حق الآمر وان لم يقل له فهو جائز في حق المشتري ويكون الوكيل ضامنا فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يجوز فى قول أبي يوسف رحمه الله اعتبارا للبعض بالكل وكذلك لو اشترى الوكيل من المشترى بالثمن متاعا أو كان الثمن دنانير فاخذ منه بها دراهم أوصالح من الثمن على متاع فذلك كله جائز فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في حق الوكيل ويكون ضامنا الثمن للموكل وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجوز شئ مما صنع في براءة المشترى والثمن على المشترى على حاله ولو قبض من الثمن بعضه واشترى ببعضه متاعا كان موقعنا فيما يقبض من الثمن بعينه كما لو قبض الكل ويكون ضامنا حصة مااشترى به الآمر كما لو اشترى بالكل وهذا لان ثمن المشترى وجب عليه ثم صار قاضيا بالثمن دين نفسه بطريق المقاصة وان هلك المشترى قبل أن يقبضه لم يضمن المشترى عنه للامر لان بهلاك المبيع قبل القبض انفسخ البيع من الاصل وكان سقوط الثمن عن المشترى بانفساخ السبب لا للمقاصة بالثمن الذي هو للآمر قال وللوكيل بالبيع أن يبيع بقليل الثمن وكثيره وبأى جنس شاء من الاجناس للأموال فى قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لايجوز بيعه الا بالنقد بما يتغابن الناس فى مثله وحجتهما فى ذلك أن مطلق الوكالة يتقيد بالمعتاد والبيع بالغبن الفاحش ليس بمعتاد فلا ينصرف التوكيل اليه بمنزلة التوكيل بالشراء ثم البيع بالمحاباة الفاحشة بيع فيه هبة ولهذا لو حصل من المريض كان معتبرا من ثلثه وهو وكيل بالبيع دون الهبة (ألا ترى) أن الاب والوصى لا يملكان البيع بالمحاباة الفاحشة لهذا وأما البيع بالعروض فبيع من وجه شراء من وجه وهو وكيل بمطلق البيع ومطلق البيع يكون بالنقد دون العروض (ألا ترى) ان الوكيل بالشراء لا يشتري للآمر الا بالنقد وأبو حنيفة رحمه الله يقول هو مأمور بمطلق البيع وقد أتى ببيع مطلق لان البيع اسم لمبادلة مال بمال وذلك يوجد فى البيع بالعروض كما يوجد في البيع بالنقود ولكن من البيع ايتضمن الشراء ولا يخرج به من ان يكون بيعا مطلقا لايضمن الشراء فى جانب العروض لا فى جانب المبيع وأمره كان باعتبار المبيع والعقد فيه بيع مطلق وكذلك البيع بالمحاباة فما من جزء

من البيع الا ويقابله جزء من الثمن (ألا ترى) أنه يستحق الكل بالشفعة والشفعة فى الهبات لاتثبت والدليل عليه أن من حلف أن لا يبيع فباع بالمحاباة يحنث وكما يراعى العرف فى الوكالات يراعي فى الاثمان ثم جعل هذا بيعا مطلقا فى اليمين وكذلك في الوكالة وهذا لان العرف مشترك فقد يبيع المرء الشيء للبر فيه وفي هذا لا ينافى قلة الثمن وكثرته وقد يبيعه للاسترباح فعند اطلاق الامر لا يترجح أحد المقصودين من غير دليل وهذا بخلاف الوكيل بالشراء لان الامر المطلق تخصصه التهمة وفى الوكيل بالشراء التهمة ممكنة لجواز أن يكون اشترى لنفسه فلما لم يعجبه أخذه فى عينه أراد أن يحوله الى الآمر ولا تمكن مثل هذه التهمة فى الامر بالبيع لان أمره بالتوكيل بالشراء يلاقى ملك الغير وليس له ولاية مطلقة فى ملك الغير لينظر الى اطلاق أمره وأمره في البيع يلاقى ملك نفسه وله ولاية مطلقة في ملك نفسه ولو اعتبرنا العموم في جانب الوكيل اشترى ذلك المتاع بجميع ملك الموكل ونحن نعلم أن الموكل لم يقصد ذلك فاذا تعذر العموم حمل علي أخص الخصوص وفى التوكيل بالبيع لا يعد وتصرفه ما أمر ببيعه فامكن اعتبار اطلاق الامر فيه وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله فى الوكيل فى البيع اذا باع بعرض فان كان يساويه جاز والا فلا ووجه هذه الرواية أنه في جانب العرض مشتر فالوكيل بالشراء لا يشترى للآمر بالمحاباة الفاحشة ولم يذكر الخلاف فى البيع بالنسيئة فهو دليل لابى حنيفة رحمه الله ولكن قيل هذا على قولهما اذا باعه بأجل متعارف فاما بأجل غير متعارف كعشرين سنة ونحو ذلك فانه لا يجوز وان الاجل المتعارف كالغبن اليسير وما ليس بمتعارف كالغبن الفاحش ولو وكله بان يعاوض عبده هذا فلانا بأمته هذه فباع فلان أمته تلك من رجل جاز للوكيل أن يعاوض بها لان مقصود الموكل تحصيل الامة لنفسه بمقابلة العبد وقد حصل مقصوده بتصرفه مع الثانى وهذا بخلاف الوكيل بالبيع من فلان فانه لا يبيع من غيره لان مقصوده هناك الثمن وانما رضى أن يكون الثمن له فى ذمة من سماه ويتفاوت الناس في ملاءة الذمة فلهذا لا يجوز بيعه من غيره قال وللوكيل بالاجارة أن يؤاجر بالنقد والمكيل والموزون اذا كان معلوما موصوفا وبالمعين من الحيوانات وبالموصوف المؤجل من الثياب أما على قول أبى حنيفة رحمه الله فهو ظاهر فانه بمنزلة الوكيل وهما يفرقان ويقولان بتخصيص الوكيل بالبيع بالنقد بدليل العرف ولا عرف هنا فان الارض تؤاجر بغير النقد (ألا ترى) انها تدفع مزارعة وهى اجارة بجزء من الخارج

ثم التخصيص فى البيع لدفع الضرر عن الآمر ودفع الضرر هنا باعتبار الاطلاق لانا اذا جعلنا الوكيل مخالفا كان بمنزلة الناصب فيكون الأجر له ولا شئ للآمر عليه فلهذا اعتبرنا الأمر هنا وان وكل الوكيل بقبض الأجر أو الثمن رجلا ليس فى عياله فهو جائز والمستأجر والمشترى بريئان لان حق القبض للوكيل بملك مباشرته بنفسه فيملك تفويضه الى غيره ولكن الوكيل ضامن للآخر ان هلك المقبوض فى يد وكيله قبل أن يصل الى الوكيل الاول بمنزلة مالو قبض الثمن بنفسه ثم دفعه الى رجل ليس فى عياله لان قبض وكيله كقبضه بنفسه وهو فى المقبوض أمين فاذا دفعه الى من ليس فى عياله صار ضامنا للآمر وكذلك لو وهبها الوكيل للمستأجر أو ابرأه منها أو أخرها عنه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وصار ضامنا للآمر وفى قول أبى يوسف رحمه الله لا يجوز هبته ولا ابراؤه ولم يذكر التأجيل فقيل بأن أبا يوسف رحمه الله يجوز تأجيله كما لو باع بثمن مؤجل ابتداء وهذا لانه ليس فى التأجيل اسقاط الثمن بخلاف الابراء وقيل بل لا يجوز ذلك فقد ذكر فى الجامع أن كل تصرف يصير الوكيل به ضامنا فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا ينفذ ذلك التصرف عند أبى يوسف رحمه الله والله أعلم

باب من الوكالة بالبيع والشراء

(قال رضى الله عنه) الأصل فى هذا الباب ان الوكيل متى قدر على تحصيل مقصود الموكل بما سمى له جاز التوكيل والا فلا لان الوكالة غير مقصودة لعينها بل المقصود شئ آخر يحصل للموكل فاذا قدر على تحصيل مقصوده بما سمى له كان هذا عقدا مفيدا للمقصود فصح والا فلا وأصل آخر ان ماسماه فى الوكالة اذا كان يتناول اجناسا مختلفة لا يصح التوكيل به سواء سمى الثمن أو لم يسم لان جهالة الجنس جهالة متفاحشة وتسمية الجنس والثمن لا يصير الجنس معلوما بها فان كل جنس فيه ما يوجد بذلك الثمن فلا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الموكل واذا سمى الجنس اشتمل على أنواع مختلفة فان بين الثمن أو النوع جاز التوكيل والا فلا لان بيان مقدار الثمن يصير النوع معلوما وان سمى الجنس والنوع ولم يبين الصفة جازت الوكالة سواء سمى الثمن أو لم يسم وهذا استحسان وفى القياس لا يجوز مالم يبين الصفة وجه القياس ان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يجوز الا ببيان وصفه المعقود عليه (ألا ترى) أنا نجعل الوكيل كالمشترى لنفسه ثم البائع من الموكل وكان

بشر المريسي رحمه الله يأخذ بالقياس الى أن نزل به ضيف فدفع الدراهم الى انسان ليأتى له برؤس مشوية فجعل يصفها له فعجز عن علمه بالصفة فقال له اصنع مابدالك فذهب الرجل واشترى الرؤس وحملها الى عياله وعاد الى بشر بعد ما أكلها مع عياله فقال له أين ماقلت لك عنه فقال قلت لى اصنع مابدالك وقد بدالى ما فعلت فرجع عن قوله وأخذ بالاستحسان ووجه الاستحسان ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه دفع دينارا الى حكيم بن حزام رضى الله عنه وأمره بأن يشترى له شاة للاضحية ولم يبين صفتها ثم الوكالة عقد مبنى على التوسع والجهالة فى الصفة جهالة مستدركة وذلك عفو فى العقود المبنية على التوسع وهذا لان الوكالة لا يتعلق بها اللزوم والمقصود بها الرفق بالناس وفى اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره لهذا اذا عرفنا هذا فنقول رجل وكل رجلا أن يشترى له جارية أو عبدا لم يكن لان الذكور من بنى آدم جنس والاناث كذلك ولكن يشتمل على أنواع كالحبشى والسندى والهندى والتركى وغير ذلك فاذا لم يبين النوع ولم يسم مقدار الثمن كانت الجهالة متفاحشة فلا يتمكن الوكيل من تحصيله فينفرد الآمر بما سمى له وان أمره بان يشترى له عبدا مولدا أو حبشيا أو سنديا جاز لان النوع صار معلوما بالتسمية وانما بقيت الجهالة فى الوصف وهى جهالة مستدركة فان الاوصاف ثلاثة الجودة والوسط والرداءة وهى تتفاوت في نوع واحد فكان الوكيل قادرا على تحصيل مقصود الآمر وكذلك ان لم يسم النوع وسمى الثمن لان بتسمية الثمن صار النوع معلوما فان مقدار ثمن كل نوع معلوم عند الناس فيتمكن به من تحصيل مقصوده ولو وكله بان يشتري له رقبة أو مملوكا لا تجوز له الوكالة وان بين الثمن لتمكن الجهالة في الجنس وهذا لان الذكور مع الاناث من بنى آدم جنسان مختلفان لاختلافهما في المنافع فلا يصح التوكيل الا ببيان الجنس واذا وكله بشراء جارية وسمى جنسها وثمنها فاشتراها له عوراء أو عمياء أو مقطوعة اليدين والرجلين أو احداهما أو مقعدة فهو جائز على الآمر في قول أبى حنيفة رحمه الله اذا اشتراها بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس فيه وعندهما كذلك فى قطعاء اليد والعوراء فاما العمياء والمقطوعة اليدين والرجلين والمقعدة فلا يجوز على الآمر ويكون مشتريا لنفسه وهذا بناء على ماسبق فانهما يعتبران العرف والشراء والعمياء والمقعدة غير متعارف بين الناس فأما العوراء فمعيبة وشراء المعيب متعارف * توضيحه

ان العمى وقطع اليدين يفوت منفعة الجنس وذلك استهلاك حكم ولهذا لا يجوز التكفير بالرقبة العمياء فاما العور وقطع احدى اليدين فليس باستهلاك (ألا ترى) ان التكفير به يصح وأبو حنيفة رحمه الله بنى على أصله ان المطلق يجرى على اطلاقه ما لم يقم دليل التقييد وقد سمى له الجارية مطلقا واسم الجارية حقيقة فى العمياء ومقطوعة اليدين ولا يثبت التقييد بالعرف لان العرف مشترك فقد يشترى المرء رقبة عمياء ترحما عليها لابتغاء مرضات الله عز وجل أو قصدا الى ولائها أو الى ولاء أولادها بخلاف الرقبة فى كفارة اليمين فان دليل التقييد هناك قد قام وهو ان الكفارات أجزية الافعال وهى مشروعة للزجر عن ارتكاب أسبابها ولا يحصل الزجر بالعمياء ومقطوعة اليدين وان وكله ان يشترى له جارية للخدمة أو عبدا ليسلمه الى خباز أو عمل من الاعمال فاشترى أعمى أو مقطوع اليدين لم يجز على الآمر لقيام دليل التقييد فى لفظه وهو تنصيصه على عمل لا يحصل ذلك من الاعمى ومقطوع اليدين وكذلك لو قال اشتر لى جارية أطؤها فاشترى محرما من الآمر لم يجز على الآمر لان دليل التقييد فى لفظه مختص أمره بجارية يحل له وطؤها قال واذا وكله بان يشترى له دابة لم يجز وان سمى الثمن له لان الدابة اسم لما دب على وجه الارض فى الحقيقة وهى أجناس مختلفة كالخيل والبغال والحمير وقد بينا أن الجهالة للجنس تمنع صحة الوكالة وأنها لا ترتفع بتسمية الثمن لان كل جنس يؤخذ بما سمى من الثمن وان قال اشتر لى حمارا ولم يسم الثمن فهو جائز لان الجنس صار معلوما بالتسمية وان بقيت الجهالة فى الوصف فسخ الوكالة بدون تسميه الثمن فان قيل لا كذلك فان الحمير أنواع منها مايصلح لركوب العظماء ومنها مالا يصلح الا للحمل عليها قلنا هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا بان القاضى اذا أمر انسانا بان يشتري له حمارا فانه ينصرف الى ما يركبه مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الاذنين فانه لا يجوز عليه بخلاف ما اذا أمره الفاليرى بذلك واذا أمره أن يشتري له ثوبا لم يجز وان سمى الثمن لان الثوب يشتمل على أجناس مختلفة فبالتسمية لا يصير الجنس معلوما وان قال اشتر لى ثوبا هرويا جاز على الآمر ما اشترى من ذلك الجنس وان لم يسم الثمن لان الجهالة انما بقيت فى الصفة ولكن انما ينفذ على الآمر اذا اشتراه بما يتغابن الناس فى مثله فان اشتراه بما لا يتغابن الناس فى مثله كان مشتريا لنفسه لانه تعذر تنفيذ شرائه على الآمر لما بينا وأمكن تنفيذه على العاقد فصار مشتريا لنفسه وان سمى ثمنا فزاد عليه شيئا لم يلزم الآمر لانه خالف ماسمى

له الى ماهو أضر عليه وكذلك ان نقص من ذلك الثمن لانه لم يحصل مقصود الآمر فان مقصوده ثوب يهودي يشترى له بالثمن لا بما دونه والجيد يشترى بعشرة فاذا اشترى بثمانية كان رديئا الا ان يكون وصف له صفة وسمى له ثمنا فاشترى بتلك الصفة بأقل من ذلك الثمن فحينئذ يجوز على الآمر لانه حصل مقصوده حين اشتراه بتلك الصفة وخالفه الى ماهو خير له حين اشتراه بأقل من ذلك الثمن وهذا لا يعد فى العرف خلافا وان دفع اليه دراهم وأمره بأن يشترى له بها طعاما فاشترى بها لحما وفاكهة لم يجز على الآمر استحسانا وفي القياس يجوز لان الطعام اسم لما يطعم والفاكهة واللحم مطعوم الا ان جوازه على طريقة الناس انما يكون اذا فوض الأمر لرأيه على العموم فى شراء الطعام فاما اذا لم يفعل ذلك فلا يصح التوكيل لان المطعوم أجناس مختلفة وبتسمية الثمن لا يصير الجنس معلوما فينبغى ان لا يصح التوكيل ولكنه استحسن فقال التوكيل صحيح وانما ينصرف الى الحنطة ودقيقها لانه ذكر الطعام عند ذكر الشراء وذلك لا يتناول الا الحنطة ودقيقها (ألا ترى) ان سوق الطعام مايباع فيه الحنطة ودقيقها وبائع الطعام فى الناس من يبيع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه فصار التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالنص ثم ان قلت الدراهم فله أن يشترى بها خبزا وان كثرت فليس له أن يشترى بها الخبز لان ادخاره غير ممكن انما يمكن الادخار فى الحنطة فعند كثرة الدراهم يعلم انه لم يرد الخبز الا ان يكون الرجل قد اتخذ وليمة فحينئذ يعلم ان مراده الخبز وان كثرت الدراهم وجعل الدقيق فى احدى الروايتين بمنزلة الخبز وقال انما ينصرف القليل من الدراهم اليه لانه قل مايدخر عادة وفى الرواية الاخرى جعل الدقيق كالحنطة لان الكثير من الدراهم ينصرف اليه لانه قد يدخر الدقيق كما تدخر الحنطة واذا لم يدفع اليه شيأ وقال اشتر لي حنطة فاشتراها لم يجز على الآمر لانه لم يبين له القدر وجهالة القدر فى المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الآمر بما سمى له وان وكله بأن يشترى له دارا أو لؤلؤة ولم يسم الثمن لم يجز ذلك على الآمر لان اللآلئ انواع مختلفة فلا يقدر الوكيل على تحصيل اللآلئ بمطلق التسمية وكذلك الدور فى معنى الانواع المختلفة وانها تختلف باختلاف البلدان وباختلاف المحال فى البلدة وبقلة المرافق وكثرتها وبصلاح الجيران وفسادهم وبالسعة والضيق فلا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الآمر الموكل بما سمى له قال وان سمى الثمن جاز وبتسمية الثمن يصير معلوما عادة

وان بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة والمتأخرون من مشايخنا رحمهم الله يقولون في ديارنا لا يجوز الا ببيان المحلة لان الدور في كل محلة تتفاوت في القيمة وتوجد بما سمى له من الثمن الدار في كل محلة ومقصود الآمر يختلف باختلاف المحال فلهذا لا يجوز الا بتسمية المحلة قال واذا كان الصبي حرا مسلما وأبوه ذميا أو حربيا ارتد عن الذمة ولحق بدار الحرب أو مستأمنا أو مكاتبا أو عبدا لم يجز توكيل احدهم عليه ببيع ولا شراء ولا تزويج ولا خصومة لان التوكيل بالتصرف انما يصح ممن يباشر التصرف بنفسه وملك الأب مباشرة التصرف في حق ولده بولايته عليه والرق واختلاف الدين وتباين الدارين حقيقة وحكما مانع من ثبوت ولايته عليه فان أسلم أو عتق بعد ذلك أجيز ما منع منه لان ولايته بعد الاسلام والعتق تثبت مقصورة على الحال فلا يؤثر في تنفيذ تصرفه سبق ثبوت ولايته وان كان الأب مرتدا عن الاسلام لم يجز توكيله عليه أيضا الا ان يسلم فان أسلم جاز لان تصرفه في حق نفسه يتوقف بين أن ينفذ بالاسلام أو يبطل اذا قتل على ردته فكذلك في حق عليه والولد الكبير اذا كان ذاهب العقل بمنزلة الصبي فيما ذكرنا لانه عاجز عن التصرف لانعدام عقله فكان مولى عليه كالصبي قال واذا وكل اب الصبي وكيلا ببيع متاع الصبي ووارثه الأب بطلت الوكالة الا عند زفر رحمه الله فانه يقول ثبوت الوكالة باعتبار ملك الموكل لذلك التصرف وقد بقي ذلك بعد موت الصبي وازداد بتقرر ملك الأب في المحل لكنا نقول الأب في هذا التوكيل كان نائبا عن الصبي وقد انتهت هذه النيابة بموت الصبي * وتوضيحه أن الأب بهذه الوكالة انما رضي بزوال ملك الصبي ورضاه بزوال ملك الصبي لا يكون رضا بزوال ملك نفسه فاذا صار الملك له بالارث بطلت الوكالة وكذلك ان مات الأب ولم يمت الصبي لان رأى الأب قد انقطع بموته وتصرف الوكيل كان باعتبار رأى الموكل ونفاذ ولايته وكذلك لو زال عقل الاب أو ارتد ولحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه لان ولايته قد زالت بهذه الاسباب حتى لا يملك ابتداء التوكيل فان أسلم لم يعد الوكالة بمنزلة وكالته بالتصرف في حق نفسه وقد بينا أن بردة الموكل تبطل الوكالة على وجه لا يعود باسلامه في رواية هذا الكتاب وكذلك في توكيله بالتصرف لولده قال واذا وكل رجل رجلين ببيع شيء أو شرائه أو تزويج امرأة بعينها أو بغير عينها أو بخلع أو بمكاتبة أو عتق على مال ففعله أحدهما لم يجز لان هذه التصرفات يحتاج فيها الى الرأى والتدبير ورضاه برأى المسمى لا يكون الا برأى الواحد ويستوي فيه أن يكون الموكل

سمى البدل أو لم يسم لان بتسمية البدل يمنع النقصان ولا تمنع الزيادة ولو حضرو ليهما جميعا ربما يزيد ان فى البدل فينتفع الموكل بذلك فلهذا لا ينفذ التصرف برأى أحدهما وان كان لم يسم لهما مالا فزوجاه باكثر من مهر مثلها أو طلقا امرأته على درهم أو أعتقا العبد أو كاتباه على درهم جاز فى قول أبى حنيفة رحمه الله للاصل الذى قلنا انه يعمل باطلاق الأمر مالم يقم دليل على التقييد وهو التهمة وعندهما لا يجوز لاعتبار العرف والعادة قال ولو وكل رجل رجلا ببيع عبدين له بالف درهم فباع أحدهما باربعمائة فان كان ذلك القدر حصته من الالف جاز لانه ليس فى التفريق بين العبدين فى البيع اضرار بالموكل فربما لا يجد مشتريا يرغب فى شرائهما جملة فلما وكله بذلك مع علمه بما قلنا كان راضيا ببيعه أحدهما دون الآخر دلالة وكذلك ان باعه باكثر من حصته وفيه زيادة منفعة للموكل وان باع أحدهما باقل من حصته لم يجز وسوى فى الكتاب بين النقصان الكثير واليسير وهو قول أبى حنيفة رحمه الله فاما عندهما فان كان النقصان يسيرا جاز وان كان فاحشا لم يجز لان الموكل انما سمى الثمن بمقابلتهما جملة ولم ينص على حصة كل واحد منهما وانما طريق معرفة حصة كل واحد منهما الحزر والظن دون اليقين وفي مثله لا يمكن التحرز عن النقصان اليسير فجعل عفوا كما لو لم يسم الثمن للوكيل فباع بغبن يسير جاز بيعه وأبو حنيفة رحمه الله يقول تنصيصه على ثمنها فى الوكالة يكون تنصيصا على حصة كل واحد منهم بحصته حتى انه لو وجد باحدهما عيبا رده بحصته وعند التنصيص على الثمن اذا نقص الوكيل عن ذلك القدر يصير مخالفا سواء قل النقصان أو كثر كما لو قال بع هذا العبد بالف درهم فباعه بالف إلا درهما فانه لايجوز وان وكله بان يشتري له عبدين بالف درهم فاشترى أحدهما بستمائة فان كان ذلك حصته من الالف أو أقل جاز وان كانت حصته أكثر من ذلك لم يجز على الآمر وصار مشتريا لنفسه وهذا والوكيل بالبيع سواء لانه قد لا يتمكن من شرائهما جملة واحدة فيكون له أن يشتري كل واحد منهما بحصته وان وكله ببيع عبد له فباع نصفه من رجل ثم باع النصف الآخر منه أو من غيره جاز لانه حصل مقصود الموكل بما صنع فان مقصوده أن يزول ملكه بعوض هو مال وذلك يحصل بالعقدين كما يحصل بالعقد الواحد فربما لا يجد مشتريا يشتريه جملة فيحتاج الى تفريق العقد ليحصل مقصوده فان باع نصفه ولم يبع مابقى لم يجز فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وجاز فى قول أبى حنيفة رحمه الله فهما يقولان بيع

النصف يضر بالموكل فيما بقي لانه يتبعض عليه الملك والشركة في الاملاك المجتمعة عيب وأمره اياه بالبيع لا يتضمن الرضا بتعيب ملكه فلهذا لا يجوز الا أن يبيع مابقي قبل الخصومة فحينئذ قد زال الضرر عنه وحصل مقصوده فيجوز وأبو حنيفة رحمه الله يقول الوكيل قائم مقام الموكل في بيع العبد والموكل مالك لبيع البعض كما هو مالك لبيع الكل فكذلك الوكيل لان اعتبار الجزء باطل واعتبار الكل صحيح ثم في تصرفه في هذا منفعة للموكل لانه لو باع الكل بالثمن الذي باع به النصف جاز عند أبي حنيفة رحمه الله كما بينا فاذا باع البعض به كان أقرب الى الجواز لانه حصل له ذلك القدر من الثمن وبقي بعض العبد على ملكه ولو وكله بأن يشتري له عبدا فاشترى بعضه لم يجز على الامر الا أن يشتري مابقي قبل الخصومة فحينئذ يجوز كله على الامر وهذا على أصلهما ظاهر للتسوية بين جانب البيع والشراء وأبو حنيفة رحمه الله يفرق فيقول الوكيل بالشراء لو اشترى بالزيادة الكثيرة لا يجوز بخلاف الوكيل بالبيع والتهمة تتمكن في جانب الوكيل بالشراء فلعله اشترى النصف لنفسه فلما علم أن الشركة عيب أراد أن يحوله على الآمر *توضيح الفرق أن صحة التوكيل بالشراء بتسمية العبد ونصف العبد ليس بعبد فلا يصير به ممتثلا أمر الآمر الا أن يشتري مابقي قبل الخصومة فاما في جانب البيع فصحة التوكيل باعتبار ملك الموكل للغير وذلك موجود في البعض والكل ثم ذكر في النوادر أن الوكيل اذا اشترى النصف توقف شراؤه على رضا الآمر عند أبي يوسف رحمه الله حتى لو أعتقه الوكيل عن نفسه لا يجوز ولو أعتقه الموكل عن نفسه يجوز وعند محمد رحمه الله يصير الموكل مشتريا لنفسه حتى لو أعتقه جاز عتقه الا أن يشتري ما بقي فحينئذ يتحول الى الآمر فابو يوسف رحمه الله يقول مقصود الموكل حصول ملك الغير له والقدر الذي حصل من جملة مقصوده ولكنه معيب بعيب الشركة فينفذ تصرف الوكيل له ويثبت له الخيار للعيب فاذا قدم على العتق صار مسقطا لخياره فينفذ العتق من جهته فاذا رده يصير الملك للوكيل حينئذ كما لو وجد به عيبا فرده بشراء العبد والنصف ليس بعبد ولكنه بفرض ان يصير موافقا بشراء ما بقي فقبل وجود هذا لموافقته كان خلافه ظاهرا وكان مشتريا لنفسه فنفذ عتقه من جهته وفرق محمد رحمه الله بين هذا وبين الوكيل بالشراء بالف اذا اشتراه بالفين يتقرر شراؤه لنفسه حتى انه وان حط البائع احد الالفين لا يصير الشراء للموكل وهنا لو اشترى ما بقي قبل الخصومة كان الشراء للموكل ووجه الفرق ان غرضه الموافقة هناك باعتبار مالم يتناوله عقد الوكالة

وهو حط الالف الزائد فلم يكن معتبرا وهنا غرضه الموافقة باعتبار ما تناولته الوكالة وهو شراء النصف الباقى فلهذا كان معتبرا قال ولو وكل رجلين ببيع شيء وأحدهما عبد محجور عليه أو صبي لم يجز للآخر أن ينفرد ببيعه لانه مارضى برأيه وحده حتى ضم اليه رأى الآخر ولو كانا حرين فباع أحدهما والاخر حاضر فأجاز البيع كان جائزا لأن تمام العقد برأيهما (ألا ترى) أنه لوباع فضولي فأجازه جاز وكذلك اذا باع أحدهما وأجازه الآخر ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يكن للآخر أن يبيعه لأنه مارضى برأيه وحده قال ولو وكل رجلا ببيع خادمة له فباعها ثم أقال البيع البائع فيها لزمه المال والخادم له لان الاقالة بيع مبتدأ فى حق غيرهما فهو شراء مبتدأ وللموكل غيرهما فيجعل فى حقها حقه كان الوكيل اشتراه ابتداء ويستوى ان كانت الوكالة قبل القبض أو بعده من عيب أو من غير عيب ولو وكل الصبي ببيع خادم فباعها جاز لأن الصبي العاقل له عبارة معتبرة شرعا حتى ينفذ تصرفه باذن الولى في ملك نفسه فكذلك ينفذ تصرفه فى ملك الغير بتوكيل المالك اياه بذلك وهذا لأن اعتبار عبارته بتمحض منفعة له فيه يمتاز الآدمى من البهائم ويحصل له بهذا التصرف معنى التجربة فيصير مهتديا الى التصرفات عالما بطرق التحرز عن أسباب الغبن وذلك محض منفعة له ثم العهدة على الآمر اذا لم يكن الصبي مأذونا لان فى الزام العهدة اياه ضررا والصبي يبعد عن المضار فاذا تعذر ايجاب العهدة عليه تعلق باقرب الناس اليه وهو من انتفع بهذا التصرف وهو الآمر فكانت العهدة عليه الا أن يكون الصبي مأذونا له فحينئذ تلحقه العهدة لأنه بالاذن صار بمنزلة البالغ فى التزام العهدة بالتصرف (ألا ترى) أنه فيما يتصرف لنفسه تلحقه العهدة فكذلك فيما يتصرف لغيره والعبد بمنزلة الصبي الا أنه اذا كان محجورا عليه يلزمه العهدة بعد العتق لان قول العبد ملزم فى حق نفسه لكونه مخاطبا وانما لا يكون ملزما في حق المولى وقد سقط حقه بالعتق فاما قوله الصبي المحجور ليس بملزم فى حق نفسه فلهذا لاتلزمه العهدة بعد البلوغ وان كان الوكيل مجنونا لا يعقل فبيعه باطل لأنه ليس له قول معتبر فركن التصرف القول المعتبر شرعا وان كان يعقل البيع والشراء فهو بمنزلة الصبي على ما بيناه وان كان المأمور مرتدا جاز بيعه لانه من أهل العبارة المعتبرة ولكن يوقف حكم العهدة عند أبى حنيفة رحمه الله فان أسلم كانت العهدة عليه والا فالعهدة على الآمر وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو يظهر اختلافهم فى تصرفات المرتد لنفسه بيعا أو شراء ولو وكل

الصبي أو العبد المحجور عليه بشراء عبد بعينه بثمن مسمى فاشتراه فالثمن لازم على الآمر دون الصبي والعبد ما لم يعتق لا الصبي المحجور لا يملك التزام الثمن فى ذمته والعبد لا يملك ذلك فى حق المولى فاذا تعذر ايجاب الثمن عليهما وجب على من وقع له الملك وهو الآمر وصار فى حقه بمنزلة الرسول بالشراء فيجب الثمن على المرسل ولو كان مأذونا لهما فى التجارة لزمهما الثمن ورجع به على الآمر لانهما يملكان التزام الثمن فى ذمتهما بتصرفهما لانفسهما فكذلك للغير بحكم الوكالة (واورد المسئلة فى كتاب الحوالة والكفالة) وقال هذا استحسان وفى القياس لا يلزمهما الثمن لانهما ملتزمان الثمن لمنفعة لغيرهما فكان هذا منهما بمنزلة الكفالة وكفالة الصبي المأذون والعبد المأذون لا تصح وان كانت بأمر المكفول عنه ولكن استحسن فقال هذا من صنع التجار لان التعارف بين التجار في التصرفات ظاهر فاذا لم يتوكل هو عن الغير لا يتوكل الغير عنه فى ذلك وفيما هو من صنع التجار المأذون منفك الحجر عنه بخلاف الكفالة فانها ليست من صنع التجار * توضيحه أن المشترى يكون فى يده فيحبسه حتى يستوفى الثمن من الآمر فلا يتضرر به بخلاف الكفالة حتى لو وكل بالشراء انفسه يقول لا يلزمه الثمن لانه ليس له ان يحبس المبيع بالثمن فيكون ذلك بمنزلة الكفالة منه . قال واذا أذن لعبده أو لابنه فى التجارة ثم ذهب عقله واطبق عليه انقطع اذنه لان صحة تصرف المأذون برأى الآذن والجنون المطبق قد قطع رأيه فيكون ذلك بمنزلة موته . ولو حلف بطلاق أو عتاق أو جعل أمر امرأته بيدها ثم أصابه الجنون بعد ذلك لم يبطل مافعل من ذلك لان حكم ذلك التصرف قد لزمه فى حال عقله وكماله فلا يبطل بجنونه وهنا بالاذن فى التجارة لم يلزمه شئ حتى لو كان مالكا للحجر على المأذون لبطل اذنه بجنونه لان صحة تصرف المأذون باعتبار انه يتقوى رأيه برأى وليه فيكون ذلك كالبلوغ فى حقه ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله يملك التصرف بالغبن الفاحش وقد انعدم ذلك المعنى بجنون الولى فلا ينفذ تصرفه بعد ذلك ولو وكل وكيلا ببيع أو شراء ثم ذهب عقل الوكيل واختلط ثم اشترى وباع لم يلزم الوكيل الثمن ولزم الآمر أما فى نفوذ تصرفه على الآمر فروايتان فى هذه الرواية قال ينفذ لان جنونه بهذه الصفة لو اقترن بالوكالة لمنع صحتها واذا طرأ عليها فلأن يمنع بقاءها كان ذلك بطريق الاولى وفى غير هذا الموضع يقول لا ينفذ تصرفه على الآمر لان الآمر انما رضى بتصرفه فى حال كمال عقله فلا يكون ذلك منه رضا

بتصرفه بعد اختلاط عقله بخلاف ما اذا وكله ابتداء في هذه الحال لانه رضى بتصرفه مع اختلاط عقله فاذا ثبت نفوذ التصرف على هذه الرواية قلنا العهدة تكون على الآمر لأن أوان لزوم العهدة وقت مباشرة التصرف لاوقت التوكيل وهو ذاهب العقل فكان التوكيل وجد فى هذه الحال وان كان العبد المحجور عليه وكل رجلا ليشتري له شيئا فاشترى له لزم الوكيل لان العبد لا يملك الشراء لنفسه بنفسه فلا يصح توكيله به واذا لم يصح التوكيل به صار الوكيل مشتريا لنفسه كما لو لم تسبق الوكالة . واذا وكل الرجلان رجلا ببيع عبد لهما فباع نصفه وقال هذا نصف فلان فهو جائز لانه صار وكيلا من جهة كل واحد منهما ببيع النصفين والوكيل معبر منافعه للموكل فيملك تعيين من يعبر عنه وان لم يبين عند البيع أى النصفين يبيع جاز بيعه من نصيب كل واحد منهما نصفه فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يجوز فى قولهما لانه سمى النصف مطلقا عند البيع فليس صرفه الى نصيب أحدهما بأولى من صرفه الى الآخر فيشيع في النصفين جميعا واذا شاع فيهما بحكم المعارضة لم يجز فى شئ عندهما لان الوكيل ببيع النصف لا يملك بيع نصف النصف عندهما كما أن الوكيل ببيع الكل من واحد لا يملك بيع النصف وفى قول أبى حنيفة رحمه الله الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصفه فيمكن تنفيذ بيعه هنا في نصف نصيب كل واحد منهما وان لم يختصموا فى ذلك حتى باع النصف الآخر جاز كله لانه قد حصل مقصود كل واحد منهما فلا ينظر الى تفريق الصفقة مع ذلك واذا باع الوكيل العبد بخمسمائة درهم فقال الآمر أمرتك بألف درهم أو قال أمرتك بدنانير أو بحنطة أو بشعير أو باعه بنسيئة فقال الآمر أمرتك بالحال فالقول قول الآمر لان الأمر مستفاد من جهته ولو أنكر الاذن كان القول قوله مع يمينه فكذلك اذا أقر بصفته وكذلك الخلع والنكاح والمكاتبة كله على هذا واذا قال الآمر للوكيل قد أخرجتك عن الوكالة فقال الوكيل لقد بعته أمس لم يصدق الوكيل لان الموكل أقر بعزل الوكيل بمحضر منه وانما أقر بالبيع بعد ما صار معزولا وهو لا يملك انشاء البيع في هذه الحال فلا يصح اقراره أيضا ولو أقر الوكيل بالبيع لانسان بعينه فقال الا مر قد أخرجتك من الوكالة جاز البيع اذا ادعي ذلك المشتري لان الوكيل أقر به في حال بقاء الوكالة لانشاء العقد في هذه الحال فصح اقراره ولا يبطل ذلك بالعزل بعده واذا اتصل التصديق بالاقرار كان كالموجود يومئذ ولو وكله ببيع عبد له فباعه من نفسه لم يجز لان بيع العبد من نفسه اعتاق

والاعتاق غير البيع فانه ابطال للملك والبيع ناقل أو موجب الملك للغير أو لان العتق يوجب الوكالة للموكل وهو لم يرض بذلك وليس للوكيل ان يلزمه الولاء بغير رضاه ولو باعه من قريب العبد جاز لان هذا بيع مطلق ثم العتق ينبني عليه ثبوت الملك للقريب بالشراء فلا يخرج به البيع من أن يكون مطلقا فى حق البائع (ألا ترى) انه لا يملك الرجوع عن الايجاب هنا قبل قبول المشترى بخلاف بيع العبد من نفسه ولانه لا يلزم الموكل هنا ولاء وانما يلزم ولاؤه للمشترى وان وكله ان يبيعه وأمره أن يشهد على بيعه فباعه ولم يشهد فهو جائز لانه أمره بالبيع مطلقا وأمره بالاشهاد كان معطوفا على الامر بالبيع فلا يخرج به الامر بالبيع من أن يكون مطلقا (ألا ترى) أن الله عز وجل أمر بالاشهاد على البيع فقال تعالى (وأشهدوا اذا تبايعتم) ثم من باع ولم يشهد كان بيعه جائزا ولو وكله أن يبيعه برهن ثقة بنسيئة فباعه بغير رهن لم يجز لان حرف الباء للالصاق والصاق البيع بالرهن لا يكون الا بالشرط فانما أمره ببيع مقيد بشرط فاذا لم يأت بذلك الشرط كان مخالفا وكذلك لو أمره بأن يبيعه من فلان بكفيل ثقة فباعه من غير كفيل لم يجز لانه أمره ببيع مقيد والذى أتى به بيع مطلق والمطلق غير المقيد وفى شراء الكفيل والرهن منفعة معتبرة للموكل وهو التوثق بحقه فليس للوكيل ان يفوت عليه هذه المنفعة (ألا ترى) ان التوكيل بالبيع ومن أوجب لغيره بيعا بشرط رهن أو كفيل لم يكن له ان يقبل بدون ذلك الشرط فهذا مثله فان قال الوكيل لم يأمرنى بذلك فالقول قول الآمر لما بينا ان الادب مستفاد من جهته ولو وكله ان يبيعه من رجل سماه فباعه منه ومن آخر جاز فى النصف الذى باع لذلك الرجل فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولم يجز عندهما لانه فى الذى باعه للآخر مخالف (ألا ترى) أنه لو باع الكل من الآخر لم يجز بيعه فاذا باع من الذى سمي له الموكل والوكيل يبيع النصف عند أبى حنيفة رحمه الله فلهذا جاز فى ذلك النصف قال واذا وكله ببيع عبد فباعه واشترط الخيار لنفسه أو للآمر فهو جائز لانه قائم مقام الموكل وكل يملك البيع بشرط الخيار واشتراط الخيار للموكل كاشتراطه للاجنبي وذلك يجوز عندنا خلافا لزفر رحمه الله وهى مسئلة معروفة ثم لاضرر على الآمر فى هذا الشرط بل فيه نفع له والوكيل لا يصير مخالفا بما يراد فيه منفعة الآمر واذا قبل الوكيل العبد بغير قضاء قاض بخيار شرط أو رؤية فهو جائز على الامر لان الرد بهذا فسخ من الاصل (ألا ترى) ان المشترى ينفرد به وكذلك لورده

المشترى عليه بعيب قبل القبض بغير قضاء قاض فهو جائز على الآمر لان الرد هنا فسخ من الاصل حتى ينفرد به المشترى وهذا بخلاف الاقالة قبل القبض على ماسبق بيانه لان المشترى لا ينفرد بالاقالة فكان ذلك التصرف معتمده التراضي فينفذ على الوكيل دون الآمر واذا باع الوكيل العبد من أب الآمر أو ابنه أو مكاتبه أو عبده التاجر المديون جاز لانه لاتهمة بين الوكيل وبين هؤلاء اذ ليس بينهما وصلة وكان بيع الوكيل من هؤلاء كبيع الموكل بنفسه ولو باعه من عبده المأذون الذى لادين عليه لم يجز كما لو باعه الموكل بنفسه وكذلك لو كان العبد مأذونا فباعه الوكيل من هؤلاء فهو جائز ان كان على العبد دين وان لم يكن دين فالبيع مردود اعتبار البيع الوكيل ببيع الموكل بنفسه وهذا لان البيع عقد شرعى فيعتبر اذا كان مفيدا ولا يعتبر اذا لم يكن مفيدا واذا كان على العبد دين فبيعه الكسب من هؤلاء مفيد واذا لم يكن عليه دين فلا فائدة فى هذا البيع لان المولى تمكن من أخذ كسبه من غير بيع قال واذا أمر الرجل رجلا يبيع عبد له ودفعه اليه فقال الوكيل قد بعته من هذا وقبضت الثمن وهلك عندي وادعى المشترى ذلك فهو جائز والوكيل مصدق فيه مع يمينه لانه مسلط على البيع وقبض الثمن وقد أخبر بما جعل مسلطا عليه فى حال قيام التسليط ولا تتمكن التهمة فى خبره وهو أمين بما دفع اليه فاذا أخبر باداء الامانة فيه كان القول قوله مع يمينه وان كان الآمر قد مات وقال ورثته لم نسمع وقال الوكيل قد بعته من فلان بالف درهم وقبضته وهلك عندى وصدقه المشترى فان كان العبد قائما بعينه لم يصدق الوكيل بالبيع لانه أخبر به فى حال لا يملك انشاءه فانه قد ينعزل بموت الآمر ولان العبد صار ملك الوارث فى الظاهر ولم يسلطه الوارث على ازالة ملكه فلا قول له فى ذلك بخلافه حال حياة الآمر ولكن ان أقام المشتري البينة على الشراء فى حياة الآمر كان العبد له والا فهو للورثة مع يمينهم على العلم فاذا أخذت الورثة العبد ضمن الوكيل المال للمشترى باقراره بقبضه منه عوضا عن اليمين وقد استحق العبد من يد المشترى فكان ضامنا له ماقبض من الثمن وان كان العبد مستهلكا فالوكيل يصدق بعد ان يحلف استحسانا وفى القياس لايصدق لما بينا من المعنيين انه قد انعزل بموت الآمر وان بدله وهو القيمة صار ملكا للوارث على المشترى بقبضه العبد أو باستهلاكه فلا يقبل قول الوكيل فى ابطال ملكهم ووجه الاستحسان أن الوكيل بما يخبر هنا ينفى الضمان عن نفسه وهو كان أمينا فى هذا العبد فيكون قوله مقبولا مع يمينه فيما ينفى

الضمان به عن نفسه بخلاف قيام العبد فانه يزيل ملكا ظاهرا للوارث فى العبد وهو ليس بامين فى ذلك فلا يقبل قوله لهذا ولو وكله ببيع أمة له فباعها الموكل أو كاتبها أو وهبها وسلمها فذلك نقض للوكالة لان الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بالبيع والهبة والتسليم فلا تبقى الوكالة بدون المحل وكذلك بالكتابة خرجت عن أن تكون محلا للبيع فلا تبقى الوكالة بعد خروج المحل من أن يكون محلا للتصرف كما لا يثبت ابتداء ولو استخدمها الموكل أو وطئها ولم تلد ولدا منه فالوكيل على وكالته لانها باقية على ملكه محل للتصرف الذى وكل الوكيل به وكذلك لو أجرها أو رهنها الموكل فان الوكيل على وكالته لانها باقية على ملكه محل للبيع وان كان يحتاج الى رضا المرتهن والمستأجر للزوم البيع فيهما (ألا ترى) أن ابتداء التوكيل من الآمر صحيح بعد الرهن والاجارة وهذا لانه يملك بيعها بنفسه فانه لو باعها نفذ فى حقه وانما توقف لحق الغير حتى اذا سقط حق المستأجر والمرتهن كان بيعه جائزا نافذا فكذلك توكيله ببيعها يصح فى هذه الحال ويبقى صحيحا ولو باعها الوكيل أو الآمر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل أن يبيعها لان الرد بالعيب بقضاء القاضى فسخ من الاصل فعادت الى قديم ملك الموكل وانتقاض الوكالة كان حكما لزوال ملك الموكل فاذا عاد ملكه عادت الوكالة وكذلك لو كان الرد بخيار الشرط كان للبائع أو للمشترى أو بفساد البيع أو بخيار الرؤية لان هذه الاسباب تفسخ العقد من الاصل وان قبلها الموكل بعيب بغير قضاء القاضى بعد قبض المشترى لم يكن للوكيل بيعها وكذلك لو تقايلا البيع فيها لان هذا السبب كالعقد المبتدإ فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث أو هبة أو غيرهما بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الأول فلا يثبت فيه حكم الوكالة الا بتجديد توكيل من المالك. ولو وكله ببيع عبد ثم أذن له فى التجارة أو جنى عليه جناية كان على وكالته لان المحل لم يخرج من أن يكون محلا صالحا لهذا التصرف بما أحدثه الموكل ولم يخرجه الموكل بهذا الفعل عن صحة تصرف الوكيل فبقاء الوكالة أولى واذا باع الوكيل العبد ثم قطع يده قبل ان يقبضه المشترى فللمشترى ان يؤدى جميع الثمن ويأخذ العبد ويتبع الوكيل بنصف القيمة ويتصدق بالفضل لان قطع اليد ليس مما اقتضته الوكالة فكان الوكيل فيه كأجنبي آخر فان قيل أليس أن الوكيل بالبيع نزل منزلة العاقد لنفسه

ولو كان باعه لم يجب عليه القيمة بقطع يده قلنا هو في حقوق العقد ينزل منزلة العاقد لنفسه وقطع اليد ليس من حقوق العقد في شئ فكان هو فيها كأجنبي آخر وكذلك لو كبله أو استخدمه فمات من ذلك فللمشتري ان يضمن الوكيل القيمة ويعطيه الثمن لان هذا الفعل ليس مما تضمنته الوكالة وهو من حقوق عقد الوكيل فيكون الوكيل فيه كاجنبي آخر واذا وكل رجلا ببيع عبده هذا ووكل آخر به أيضا فأيهما باعه جاز لانه رضي برأى كل واحد منهما على الانفراد حين وكله ببيعه وحده وهذا بخلاف الوصيين اذا أوصى كل واحد منهما في عقد على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف في أصح القولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة وهنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل فاذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل منهما بالتصرف فان باعه كل واحد منهما من رجل فان علم الاول منهما كان العبد له لان بيع الاول منهما حصل في حال قيام الوكالة فنفذ وصار بيعه كبيع الموكل بنفسه فانعزل به الوكيل الثاني وانما باعه بعد ما انعزل فلم يصح بيعه وان لم يعلم الاول منهما فلكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن لانه ليس أحدهما بنفوذ تصرفه بأولى من الآخر ولان المشتريين قد استويا في استحقاق العبد للمساواة بينهما في السبب فكان العبد بينهما نصفين ويخير كل واحد منهما لتفرق الصفقة عليه حيث لم يسلم له الا نصف العبد وقد اشتراه كله وان كان العبد في يد أحد الوكيلين أو في يد الموكل أو في يد المشتريين فهو سواء لان يد الوكيل فيه كيد الموكل فلا يظهر اعتبار ترجيح لاحد المشتريين فاما اذا كان في يد أحد المشتريين فهو له لترجيح جانبه بتأكد شرائه وتمكنه من القبض دليل سبق شرائه ولأن بالآخر حاجة الى استحقاق يده عليه وبشرائه من الوكيل الآخر لا يظهر عند الاستحقاق وانما يظهر باقامة البينة بسبق عقده فان أوهم لبسة على ذلك أخذه والا فلا سبيل له على العبد واذا وكل رجل رجلا ببيع عبده فباعه مع عبد آخر بثمن واحد فهو جائز وللآمر حصة عبده لانه حصل مقصود الآمر اذ لا فرق في حقه بين ان يبيعه وحده وبين ان يبيعه مضموما اليه عبد آخر الا أن عند أبي حنيفة رحمه الله يجوز بيعه سواء قلت حصة عبد الموكل من الثمن المسمى أو كثرت وعندهما انما يجوز اذا كان بحصة من الثمن قدر قيمته أو أقل مما يتغابن الناس في مثله بمنزلة مالو باعه وحده ولو كان قال له بع عبدي هذا بخمسمائة فباعه مع عبد آخر بالف درهم لا يجوز بيعه في عبد الموكل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز اذا

كانت حصة عبد الموكل من المسمى خمسمائة أو أكثر لانه حصل مقصود الآمر بتصرفه ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول أمره بالبيع بثمن مقطوع على مقداره بيقين ولم يأت بذلك لان انقسام الثمن على العبدين باعتبار القيمة وطريق معرفة ذلك الحزر والظن فكان هذا غير التصرف المأمور به فلهذا لا ينفذ ولو وكله بشراء عبد بعينه فان لم يسم له الثمن فاشتراه مع عبد آخر جاز اذا كان حصة المشترى للآمر مثل قيمته أو أكثر بما يتغابن الناس فيه وان كان سمى له خمسمائة فاشتراه مع عبد آخر بالف لم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله على الآمر ويجوز فى قولهما اذا كان حصة المشترى للآمر من الثمن خمسمائة أو أقل ولو كان الآمر الموكل حين أمره ببيع عبده قال له هو يقوم على بمائتى درهم فضم الوكيل عبدا آخر معه يقوم عليه بمائتى درهم فباعهما مرابحة على ثلثمائة درهم فهو جائز والثمن بينهما على رأس المال لان بيع المرابحة بيع بالثمن الأول وزيادة مضمومة اليه ربحا فكان هو مسميا بمقابلة عبد الآمر مانص عليه وزيادة فلهذا نفذ بيعه وكان الثمن بينهما اثلاثا واذا باع الوكيل العبد بيعا فاسدا فهلك عند المشترى فعليه قيمته كما لو باعه الموكل بنفسه بيعا فاسدا وهذا لان الضمان الأصلى في المبيع هو ضمان القيمة وانما يتحول الى المسمى عند صحة التسمية ولم تصح التسمية للفساد فيبقى مضمونا بالقيمة والوكيل لا يصير ضامنا شيئا لانه لم يخالف وانما يضمن هو بالخلاف بالفساد وهذا لان أسباب الفساد قلما يمكن التحرز عنها عادة والناس كلهم لا يكونون كابى حنيفة رحمه الله فى معرفة الأسباب المفسدة للبيع فلو قلنا يضمن الوكيل بالفساد لتحرز الناس عن قبول الوكالة وفيه قطع هذا الرفق عن الناس فلا يجوز القول به والوكيل هو الذى يقبض القيمة من المشترى لانه وجب بعقده والفاسد من العقد معتبر بالصحيح فاذا كان عقد القبض للوكيل فيما يجب بالعقد الصحيح فكذلك فيما يجب بالعقد الفاسد فيقبض القيمة ويدفعها الى الموكل وليس للموكل ان يطالب المشترى بها الا أن يوكله الوكيل بذلك فى البيع الفاسد والصحيح جميعا وان دفعه المشترى الى الآمر برئ استحسانا وفى القياس لا يبرأ لان الآمر فى حقوق العقد كاجنبى آخر فقبضه لا يوجب براءة المشترى ولكنه استحسن فقال الوكيل يعمل به فى القبض فليس فى قبضه بنفسه تفويت شئ على الوكيل بل فيه اسقاط مؤنة القبض والدفع عنه * توضيحه انه لو لم يبرئ المشترى كان له ان يسترده من الموكل ولا فائدة فى نقض قبضه لحاجتنا الى اعادته فى الحال فانه لو نقض قبض الوكيل ودفعه الى

الآمر لكان هذا اشتغالا بما لا يفيد وان كتب الوكيل الصك باسم رب العبد فليس له ان يطالب المشتري الا ان يوكله الوكيل بذلك لان كتبه الصك باسمه اقرار بأن الثمن ملك له واقراره بذلك نصا لا ينافي كون القبض حقا للوكيل ولا يتضمن توكيل الوكيل اياه بالقبض فلهذا لا يكون له ان يقبضه واذا قال الرجل للرجل بع عبدي هذا وهذا أو بع أحدهما فأيهما باع جاز وهذا استحسان وفي القياس التوكيل بالبيع معتبر فايجاب البيع في أحدهما بغير عينه لا يصلح فكذلك التوكيل به ولكنه استحسن فقال مبنى الوكالة على التوسع لانه لا يتعلق اللزوم بنفسها لان هذه جهالة مستدركة لا تفضي الى المنازعة فلا يمنع صحة التوكيل * توضيحه ان الموكل قد يحتاج الى هذا لانه لا يدري أي العبدين يروج فيوكله ببيع أحدهما توسعة للآمر عليه وتحصيلا لمقصود نفسه في الثمن واذا باع الوكيل العبد ثم قتله المولى بطل البيع لان الوكيل نائب عنه في البيع فكأنه بنفسه باعه ثم بقتله بطل البيع لفوات القبض المستحق بالعقد وهذا لان القيمة لم تجب عليه لانه مضمون عليه بالثمن للمشتري أن يأخذه بنصف الثمن ان شاء كما لو باعه بنفسه قال ولو وكله ببيع عدل زطي فباعه وقبضه المشتري ثم رده على البائع بخيار الرؤية فقال الآمر ليس هذا عدلي فالقول قول الوكيل مع يمينه لانه كان أمينا فيه وبعد ما رد عليه بخيار الرؤية عاد أمينا كما كان فالقول في تعيين الأمانة قوله ولو باع الوكيل منه ثوبا ولم يبع ماسواه جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله ولم يجز عندهما ان كان يضر ذلك بالعدل بمنزلة الوكيل ببيع العبد اذا باع نصفه وقد بيناه فيما سبق ولو وكله ببيع شئ مما يكال أو يوزن فباع بعضه دون بعض جاز لان هذا مما لا يضره التبعيض فلا ضرر على الموكل في بيع بعضه بخلاف الدار والعبد عندهما وضمان الوكيل ثمن ما باعه للآمر باطل لان حق القبض في الثمن للوكيل فلو صح ضمانه عن المشتري كان ضامنا لنفسه اذ لا حق للموكل على المشتري وضمان المرء لنفسه باطل ولانه أمين فيما يقبض من الثمن فيما بينه وبين الآمر فلو صحت كفالته للآمر صار ضامنا وبين كونه أمينا وبين كونه ضامنا في الشئ الواحد منافاة وكذلك المضارب وكل مال أصله الامانة واذا أقام المشتري البينة على الوكيل انه قد أوفاه الثمن والوكيل يجحد ذلك فقد برئ المشتري من الثمن والوكيل ضامن له لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عايناه قد قبض الثمن ثم جحده كان ضامنا له واذا وكله ببيع عدل زطي له فعمد الوكيل الى العدل وقصره فهو ضامن لما هلك عند القصار لانه غير مأمور

بالدفع اليه للقصارة فيكون بهذا الدفع مخالفا ضامنا ماهلك عند القصار فان رجع الى يد الوكيل
برئ من ضمانه لانه أمين خالف ثم عاد الى الوفاق فلا يكون ضامنا لما هلك واجرة القصار
تكون على الوكيل لانه هو الذى استأجره وان باعه بعد القصارة فالثمن كله للموكل ولا
شئ منه للوكيل باعتبار الأجرة للقصارة لان القصارة ليست بعين مال قائم فى الثوب وانما
هى ازالة الدرن والوسخ عن الثوب فان اللون الأصلى للقطن انما هو البياض ويتغير ذلك
بالوسخ فاذا أزيلت عند القصارة عاد اللون الاصلى فاذا لم يكن للوكيل عين مال قائم باعتبار
القصارة لا يكون له من الثمن حصة وكذلك ان فتل الثياب فاما اذا صبغها بعصفر او زعفران
فهو مخالف بما صبغ لان صاحب الثوب لم يأمره به فهو كمودع أو غاصب صبغ الثوب فلصاحب
الثوب ان يضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ الثوب منه ورد عليه ما زاد العصفر والزعفران
فيه وان شاء باعه الوكيل وضارب الآمر فى الثمن بقيمة الثوب أبيض وضارب الوكيل بما زاد
الصبغ فيه لان الصبغ عين مال قائم فى الثوب فيسلم للوكيل ما يخصه من الثمن وكان الخيار للمالك
لانه صاحب الاصل فان الصبغ تبع لان قيامه بالثوب وقيام البيع يكون بالاصل ولان
الثوب قائم من كل وجه والصبغ مستهلك من وجه دون وجه فلهذا كان الخيار لصاحب الثوب
ولو صبغه اسود فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله السواد نقصان فى الثوب لا زيادة فللموكل
ان يأخذه ولا يعطى الوكيل شيئا وان باعه الوكيل فالثمن كله للآمر وعندهما السواد بمنزلة العصفر
والزعفران وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فان لبس السواد لم يكن ظاهرا فى زمن أبى حنيفة
رحمه الله فعده نقصانا فى الثوب وقد ظهر فى عهدهما فعداه زيادة وقيل بل هذا يختلف باختلاف
الثياب فمن الثياب ما ينقص السواد من قيمته كالقصب ونحوه فيكون ذلك نقصانا فيه كما
قال أبو حنيفة رحمه الله ومن الثياب ما يزيد السواد في قيمته فيكون الجواب فيه كما قالا
وكان أبو يوسف رحمه الله يقول بقول أبى حنيفة فلما قلد القضاء وكلف السواد احتاج فيه
الى مؤنة فرجع وقال السواد زيادة ثم الوكيل فى هذا كله على وكالته فى بيعه لان ما عرض
لا ينافى ابتداء التوكيل ولا يخرج المحل من أن يكون صالحا للتصرف واذا دفع اليه جراب
هروى يبيعه وهو بالكوفة فبأى أسواق الكوفة باعه جاز وان خرج الى البصرة فباعه
هناك ضمنه استحسانا ولم يجز بيعه على الآمر وفي القياس يجوز لانه أمره بالبيع مطلقا فلا
يتقيد بمكان من غير تقييد فى كلامه وأكثر ما فيه أن مقصوده البيع بالكوفة والتقييد

بالمقصود لا يحصل خصوصا عند أبي حنيفة رحمه الله ولكنه استحسن فقال لو لم تتقيد الوكالة بالكوفة كانت مؤنة النقل الي موضع آخر على الموكل لان الوكيل في النقل ممتثل أمره فيرجع عليه بما يلحقه من المؤنة فربما تبلغ المؤنة قيمة المتاع أو تزيد فيكون في ذلك تفويت مقصود الموكل وهذا دليل صالح لتقييد مطلق الوكالة فاذا تقيدت بالمصر كان هو بالاخراج مخالفا فلا ينفذ بيعه ويكون ضامنا ولم يذكر في الكتاب ما اذا لم يخرج المتاع مع نفسه ولكن باعه بالبصرة ومشايخنا رحمهم الله يقولون بيعه يجوز هنا لان التسليم في بيع العين انما يجب في موضع المبيع فلا يلحقه مؤنة النقل والاصح انه لا يجوز لان التقييد ثبت بالدلالة كما ذكرنا فكان كالثابت بالنص والوكالة تقبل التقييد بالمكان والزمان ولو قال بعه بالكوفة ففي أي أسواق الكوفة باعه جاز لان مقصوده بهذا التقييد سعر الكوفة وفي أي أسواق الكوفة باع فانه انما باع بسعر الكوفة وان حمله الى مصر آخر فباعه لم يجز بيعه فكان ضامنا له قياسا واستحسانا لتقييد الامر بالكوفة نصا واذا كان للرجل عدل زطى فقال لرجلين أيكما باعه فهو جائز وان باعه أحد هذين فهو جائز أو وكلت هذا أو هذا يبيعه فباعه أحدهما ففي القياس لا يجوز لجهالة من وكل بالبيع وفي الاستحسان يجوز لان هذه جهالة مستدركة فيحمل فيما هو مبني على التوسع ثم قد نص على القياس والاستحسان هنا ولم ينص فيما سبق من توكيل الواحد ببيع أحد العبدين حتى تكلف بعضهم كما بينا في الاقرار أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار وجهالة المقر له تمنع من ذلك ولكن الاصح أن القياس والاستحسان في الفصلين فانه قال هنا وكذلك لو قال لواحد بع احد هذين العبدين أو بع ذا وذا فهذا بيان أن القياس والاستحسان سواء واذا أمره أن يبيعه ويشترط الخيار للآمر ثلاثة أيام فباعه بغير خيار أو بخيار دون الثلاثة فدفعه فبيعه باطل وهو له ضامن لانه أتى بعقد هو أضر على الآمر فانه أمره بالبيع على وجه يكون الرأي في هذه الثلاثة الى الموكل بين أن يفسخ العقد أو يمضيه وقد أتى بعقد لا يثبت فيه هذا القدر من الرأي للآمر فكان مخالفا كالغاصب ولو قال بعه واشترط الخيار لي شهرا فباعه وشرط الخيار له ثلاثة أيام جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله استحسانا ولم يجز في قولهما لان من أصلهما ان الخيار يثبت في مدة الشهر ويصح البيع معه فانما أمره بعقد يكون فيه الرأي الى الآمر في هذه المدة وهو لم يأت بذلك فكان ضامنا وان من أصل أبي حنيفة رحمه الله أن اشتراط الخيار في البيع لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام فانما هذا

وكيل بالبيع الفاسد عنده والوكيل بالبيع الفاسد اذا باع بيعا جائزا نفذ على الا مر استحسانا فهذا مثله ولو قال بعه بيعا فاسدا فباعه بيعا جائزا كان هذا استحسانا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وفى القياس وهو قول محمد وزفر رحمهما الله لايجوز لان أمره بالعقد لا يزيل ملكه بنفس العقد فكان كالمأمور بالهبة اذا باع أو لانه أمره ببيع لا ينقطع به حق الموكل فى الاسترداد أو أمره ببيع يكون المبيع مضمونا بالقيمة على المشترى اذا قبضه فكان كالمأمور بشرط الخيار للآمر اذا باعه بغير خيار ووجه الاستحسان أنه من جنس التصرف الذي أمره به وهو خير للآمر مما أمره به فلا يكون مخالفا كالوكيل بالبيع بألف اذا باع بالفين وبيانه انه أمره بان يطعمه الحرام بالتجارة وهو أطعمه الحلال والتجارة مشروعة لا كتساب الحلال بها دون الحرام بخلاف المضمون المأمور بالهبة اذا باع لان ما أتي به ليس من جنس ما أمره به وبخلاف بيع المأمور بشرط الخيار اذا لم يذكر الخيار لان ما أتى به ليس بانفع للآمر به بل هو أضر عليه * يوضحه انه لو أمره بالبيع الجائز فباع بيعا فاسدا لم يكن مخالفا فعرفنا أن الامتثال بأصل العقد لا بصفة الجواز والفساد وفى الامالى عن أبي يوسف رحمه الله انه لو أمره بأن يزوجه امرأة بغير شهود فزوجها اياه بشهود لم يجز عند أبي يوسف رحمه الله وهذا لان التوكيل بالنكاح لا يتناول النكاح الفاسد عنده بخلاف البيع ولان النكاح الفاسد لا يوجب الكل أصلا وهو غير مأمور من جهته باثبات الحل له فلهذا لا يصح مباشرته العقد الصحيح بخلاف البيع ولا اشكال على قول محمد رحمه الله انه لا يجوز فاما عند أبي يوسف رحمه الله فقال ينبغى ان يجوز لان الاذن فى النكاح عنده يتناول الجائز والفاسد وما أتى به انفع للموكل مما أمره به ولو قال بعه بعبد الى أجل فباعه بدراهم حالة فى القياس لا يجوز وهو قول محمد رحمه الله ولم يذكر قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقيل على قولهما ينبغى ان يجوز لانه مأمور بالعقد الفاسد وقد أتى بالعقد الصحيح والاصح انه لا يجوز هنا لانه سمى جنسا خلاف ما آمره به الآمر وعند اختلاف الجنس فى المسمى يكون مخالفا وان كان ذلك انفع للآمر كالتوكيل بالبيع بألف درهم اذا باعه بألف دينار لا ينفذ على الآمر ولو قال بعه بألف نسيئة فباعه بالف أو أكثر من الف بالنقد فهو جائز لانه حصل مقصود الامر وزاده خيرا بزيادته فى قدر المسمى أو فى صفة الحلول وان باعه بأقل من الف بالنقد لم يجز لانه خالف مقصوده وما سمى له فانه أمره بأن يدخل فى

ملكه بمقابلة العبد ألفا وقد أدخل في ملكه دون ذلك وان باعه بألفين نسيئة جاز لأنه خالف الى خير بزيادة الثمن وان باعه بألفين نسيئة شهرين والموكل انما أمره بألف نسيئة شهرا لم يجز أيضا لأنه خالف ما سمى له في مدة الاجل الي ما هو أضر عليه والحاصل أن مقابلة زيادة القدر بالنقصان المتمكن بزيادة الاجل انما يكون بطريق المقايسة وليس للوكيل ذلك بل عليه مراعاة ما سمى له الآمر فاذا خالف الى ما هو أضر عليه لم ينفذ تصرفه عليه ولو دفع اليه منطقة فيها مائة درهم فضة فقال بعها بخمسين فباعها بمائة درهم وعشرة دراهم نقدا فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله لأنه زاده خيرا من كل وجه وفي قول محمد رحمه الله لا يجوز لأنه أمره بالعقد الفاسد وقد أتى بالعقد الصحيح وكذلك لو قال بعها بخمسين درهما نسيئة فباعها بخمسين نقدا فهو على الخلاف الذي ذكرنا وان دفع اليه جراب هروي فقال بعه نسيئة أو نقدا فباعه من شئ من دراهم أو دنانير أو شئ مما يكال أو يوزن فهو جائز أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يشكل وأما عندهما فلانه وسع الآمر عليه بقوله بعه نسيئة أو نقدا فينصرف الى كل ما يثبت دينا في الذمة ثبوتا صحيحا وان باعه بيعا فاسدا ودفعه اليه لم يكن مخالفا لما بينا ولو قال بعه نسيئة فباعه الى الحصاد والدياس أو الى العطاء أو الي النيروز فالبيع فاسد بجهالة هذه الآجال عند المتعاقدين كما لو باعه الموكل بنفسه الا أن يقول المشتري أنا أعجل المال وأدع الاجل فحينئذ يجوز حذف الشرط المفسد قبل تقرره وهي زفرية معروفة في البيوع ولو وكله بطعام فقال بعه كل كر بخمسين فباعه كله فهو جائز لأن حرف كل جامع لكل ما يضاف اليه وقد أضافه الي الطعام فيجمع كل كر منه وان قال بعه بمثل ما باع به فلان الكر فقال فلان بعت الكر بأربعين فباع الوكيل بأربعين ثم وجد فلانا باعه بخمسين فالبيع مردود لأنه تبين أنه باعه بأقل مما سمى له وان فلانا أخبر بالباطل والمخبر به اذا كان كذبا فبالاخبار به لا يصير صدقا وجهل الوكيل لا يبطل حق الموكل ولا يجعل الوكيل موافقا وان كان فلان باع كرا بخمسين فباع هذا كراره بخمسين خمسين ثم باع فلان بعد ذلك بستين فهو جائز ولا ضمان على الوكيل لأنه أمره بالبيع بمثل ما باع به فلان في الماضي لا بمثل ما يبيع به في المستقبل وقد امتثل أمره في ذلك وان كان فلان باع كرا بأربعين وكرا بخمسين فباع الوكيل طعامه كل كر بأربع وأربعين ففي القياس لا يجوز بيع الوكيل لأن جوازه يعتمد رضا الموكل وفي رضاه بأربعين شك لما كان فلان باع تارة بخمسين وتارة

بأربعين فالظاهر أن مراد الآمر بهذا بع على ما باع به فلان لا أدناه ولكنه ترك القياس واستحسن فقال يجوز لانه امتثل ماسمى له فانه سمى له البيع بمثل ما باع به فلان واذا كان قد باعه بأربعين فهذا قد باع بمثل ماباع به فلان وهذا لان فى المنصوصات يعتبر أدنى ما يتناوله الاسم لا نهايته (ألا ترى) أنه اذا شرط صفة الجودة فى المبيع يعتبر أدنى الجودة لا أعلاها ولانا لو لم ننفذ بيعه لم نجد بدا من أن نجعل الوكيل ضامنا وبالشك لا يجب عليه الضمان ولو وكله بشراء عبد بعينه فقبل الوكالة وخرج من عنده فاشهد انه يشتريه لنفسه ثم اشتراه فهو للموكل لانه قصد عزل نفسه فيما يوافق أمر الامر وعزله يكون بالخلاف لا بالموافقة فلا يعمل قصده هذا وكذلك لو وكله آخر بعد ذلك بشرائه فاشتراه فهو للاول لانه بعد قبول الوكالة منه صار بحيث لا يملك شراءه لنفسه فكذلك لا يملك شراءه لغيره واذا وجد الوكيل بالعبد عيبا فله أن يرده ولا يستأمر فيه لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهو مستبد بما هو من حقوق العقد لان العبد ما دام فى يده فالوكالة قائمة غير منتهية فهو متمكن من رده بيده فلا حاجة الى استئمار الآمر وان كان دفعه الى الآمر فليس له أن يخاصم فى عيبه الا بامر الامر لان الوكالة قد انتهت بالتسليم الى الآمر ولانه لا يتمكن من رده الا بابطال يده واليد حقيقة فيه للآمر ولا سبيل له الى ابطال يده الا برضاه والدليل على الفرق أن الوكيل لا يكون خصما لمن يدعى فى هذا العبد شيأ بعد ماسلمه الى الامر بخلاف ماقبل التسليم فانه خصم باعتبار يده مالم يثبت أنها لغيره واذا أمره أن يشترى له هذا العبد بصنف المكيل أوالموزون فاشتراه بغير ذلك الصنف لم يلزم الآمر لانه لم يحصل مقصود الآمر فان مقصوده تحصيل العبد له بهذا الصنف الذى سماه فاذا لم يحصل مقصوده كان مشتريا لنفسه ولو لم يسم له الثمن لم يجز له أن يشتريه للآمر الا بدراهم أوبدنانير لما بينا أنه يتعذر اعتبار اطلاق الوكالة فى العوض فيحمل على أخص الخصوص وهذا الشراء بالنقد فان اشتراه بعضه بعينها تبرا واناء مصوغ أو ذهب أو تبر أو بمكيل أو بموزون أو عرض لزم المشترى دون الآمر لان أمره لما قيد بالشراء بالنقد صار كأنه نص عليه والتبر والمصوغ ليسا بنقد فكان فيما صنع مخالفا أمره فلهذا صار مشتريا لنفسه دون الآمر ولو وكله بشراء عبد بعينه بثمن مسمى فوكل الوكيل وكيلا آخر فاشتراه لزم الآمر الثانى دون الاول لان الاول انما رضى برأى وكيله بالشراء وما رضى بتوكيله فهو فى التوكيل مخالف وان كان قد سمى

الثمن له لان تسمية الثمن تمنع الزيادة دون النقصان واذا صار مخالفا نفذ شراء وكيله عليه كما لو اشتراه بنفسه على وجه يكون مخالفا فيه يصير مشتريا لنفسه ولو اشتراه الوكيل الثانى بحضر الوكيل الاول لزم الآمر الاول لان تمام العقد برأى الوكيل الاول فكأنه هو الذى باشر العقد وفى هذا خلاف زفر رحمه الله وقد بيناه وان قال الوكيل امرتنى أن اشتريه لك بألف درهم وقال الآمر أمرتك بخمسمائة فالقول قول الامر لان الاذن مستفاد من جهته ولو أنكر أصل الاذن كان القول قوله فكذلك اذا أنكر الزيادة ولان تصرف كل انسان يكون لنفسه باعتبار الأصل الى أن يظهر كونه نائبا عن غيره فكان الآمر متمسكا بالأصل ولو أقام البينة فالبينة بينة الوكيل لانه يثبت لنفسه دينا فى ذمة الآمر ويثبت خلاف ما يشهد به الظاهر وهو وقوع الملك بشرائه للآمر وكذلك لو قال الامر للوكيل أمرتك بغير هذا العبد وقال اشترلى عبد فلان بعبدك هذا فاشتراه جاز للآمر وعليه قيمة عبد الوكيل لانه صار كالمستقرض لعبد الوكيل حين أمره ان يشترى به له عبدا واستقراض الحيوان وان كان فاسدا فاذا تم كان مضمونا بالقيمة ولان الشراء يوجب الثمن للبائع على الوكيل وللوكيل على الموكل فاذا صح التوكيل هنا واشترى بعبده وجب للبائع على الوكيل تسليم العبد اليه وللوكيل على الموكل مثله ومثل العبد قيمته وانما صح التوكيل لانه أقر بالشراء له بعوض يلتزمه فى ذمة نفسه كان صحيحا وكذلك اذا أمره بالشراء له بعوض يلتزمه فى مال نفسه وان اختلفا فى مقدار القيمة فالقول قول الوكيل مع يمينه أو يترادان لان الوكيل مع الموكل بمنزلة البائع مع المشترى على معنى ان الموكل يملك السلعة بعقد الوكيل بعوض يستوجبه الوكيل عليه والبائع مع المشترى اذا اختلفا فى الثمن فالحكم ما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول ما يقوله البائع أو يترادان ثم حاصل الجواب فى هذه المسئلة ان يقال هنا معنيان أحدهما ما بينا وذلك موجب للتحالف والثانى ان الوكيل أمين مخبر بما يجعل مسلطا عليه وفى مثله القول قوله مع يمينه فيكون للموكل الخيار ان شاء مال الى هذا الجانب ورضى أن يأخذ بما قال الوكيل فحينئذ يحلف الوكيل على ما يدعى من مقدار الثمن كما هو الحكم فى يمين الأمين فاذا حلف أخذه بذلك وان شاء مال الى الآخر ولم يرض ان يأخذه بما قال الوكيل فحينئذ يتحالفان والذى يبتدأ به فى اليمين الآمر لانه بمنزلة المشترى فكما أن البائع والمشترى اذا اختلفا فى الثمن يبدأ بيمين المشترى لان أول التسليمين عليه فكذلك هنا يبدأ بيمين الامر ويحلف

على علمه لانه استحلاف على فعل الغير وبعد ماتحالفا فالعبد المشترى يلزم الوكيـل لانفساخ السبب بين الوكيـل والموكل قال واذا وكل رجل رجلا ان يشترى له أمة يتخذها أم ولد ويطؤها بألف درهم فاشترى له أمة رتقاء لا توطأ أومجوسية أو أمة لها زوج لم يلزم الآمر لانه صرح بمقصوده عند التوكيل بمحل صالح لما صرح به وهذا المحل غير صالح لذلك وكان الوكيل مشتريا لنفسه وكذلك كل ما وصفه بصفة فاشتراه بصفة تخالف تلك الصفة كان مشتريا لنفسه لما قلنا بخلاف مااذا أطلق فان ماليس بعين يختلف باختـلاف الصفة قال واذا وكله أن يشترى له عبدا بعينه بألف درهم فاشتراه الوكيل وقبضه وطلب الآمر أخذه فأبى الوكيل أن يعطيه حتى يستوفى الثمن فله أن يمنعه عندنا سواء نقد الوكيل الثمن أو لم ينقـد وليس له حق المنع عند زفر رحمه الله وهـذه معروفة فى البيوع بفروعها إلا أن هنالك لم ينص على الخلاف اذا هلك بعد المنع وانما نص عليه هنا فقال عند أبى يوسف رحمه الله يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الثمن كالمرهون وعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله يكون مضمونا بالثمن قلت قيمته أو كثرت كالمبيع اذا هلك فى يد البائع فان الوكيل مع الموكل لبائع مع المشترى فان مات فى يد الوكيل قبل أن يمنعه مات من مال الآمر لان الوكيل فى القبض عامل للآمر فيصير الآمر بقبض الوكيل قابضا حكما ما لم يمنعه منه فاذا هلك هلك من مال الآمر وللوكيل أن يرجع عليه بالثمن بخلاف مااذا منعه لانه صار مستردا ليده أو لان بالمنع تبين انه كان فى القبض عاملا لنفسـه لا للآمر وان كان البائع أخر المال عن المشترى لم يكن للمشترى أن يأخذه من الآمر بمنزلة مالو اشترى بثمن مؤجل فانه لم يرجع على الآمر قبل حلول الاجل وهذا لان الوكيل انما يستوجب على الآمر مثل ماوجب للبائع عليه بصفتـه وهذا بخلاف الشفيع مع المشترى فان الاجل الثابت فى حق المشترى لا يثبت فى حق الشفيع لان الشفيع انما يتملك المبيع بعقد جديد سوى عقد المشترى والاجل المذكور فى عقد لا يثبت فى عقد آخر وهنا الموكل انما يتملك بذلك العقد الذى باشره الوكيل والاجل ثابت فى حق الوكيل بحكم ذلك العقـد فيثبت فى حق الموكل أيضا ولو حط البـائع شيأ من الثمن عن الوكيـل ثبت ذلك للآمر لان حط بعض الثمن يلتحق بأصـل العقـد ويخرج قدر المحطوط من أن يكون ثمنا بخلاف ما لو وهب البائع الثمن كله للوكيل كان له أن يرجع على الموكل بالثمن لان حط الكل لا يلتحق باصل العقد اذ لو التحق بأصل العقد فسد البيع لانه يبقى بيعا بغير ثمن وهو

فاسد فكان ذلك مقصورا على الحال وابراء الوكيل لا يمنع من الرجوع على الآمر لان ثبوت حق الرجوع له بالشراء لا بالولاء بخلاف الكفيل اذا برئ حيث لا يرجع على الأصيل لان ثبوت حق الرجوع له بالأداء أو بملكه ما فى ذمته وذلك لا يحصل بالأداء ولو أمره أن يشتري له عبدا بعينه بألف درهم ومائة ثم حط البائع المائة عن المشترى كان العبد للمشترى دون الآمر لانه فى أصل العقد مخالف فوقع الشراء له ثم لا يتحول الى الامر بعد ذلك الا بتجديد سبب ولم يوجد وبهذا يحتج زفر رحمه الله فى الوكيل بشراء العبد اذا اشترى نصفه فان عند زفر رحمه الله هناك وان اشترى الباقى قبل الخصومة كان العبد للوكيل دون الامر لانه فى أصل الشراء مخالف ولكنا نقول هناك عرضت الموافقة بفعل يكون من الوكيل فيما تناولته الوكالة قائم فمنع تحقق الخلاف وهنا عرضت الموافقة بفعل يحدثه الوكيل فيما تناولته الوكالة غير موجود فتحقق الخلاف بنفسه. ولو ان رجلا اشترى عبدا واشهد انه يشتريه لفلان فقال فلان قد رضيت كان للمشترى أن يمنعه منه لان الشراء نفذ على العاقد حين لم يكن مأمورا من جهة غيره ورضا الغير انما يعتبر فى عقد موقوف على اجازته وهذا العقد غير موقوف على اجازته فرضاه فيه وجوده كعدمه وان سلمه له وأخذ الثمن كان ذلك بمنزلة بيع مستقبل منهما فان البيع بالتعاطى ينعقد عندنا لان المقصود تمام الرضا قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وذلك يحصل بالفعل كما يحصل بالقول واذا وكله بأن يشترى له أمة بألف درهم فاشتراها بالفين فبعث بها للآمر فاستولدها ثم قال الوكيل اشتريتها بالفين فان كان حين بعث بها اليه قال هذه الجارية التى أمرتنى فاشتريتها لك لم يصدق فى أن ثمنها ألفان ولم تقبل بينته على ذلك لانه بالكلام الأول صار مقرا انه اشتراها للامر وانما يكون مشتريا للامر اذا اشتراها بالثمن الذى سمى الآمر له فكان هو فى قوله بعد ذلك اشتريتها بالفين مناقضا والمناقض لا دعوى له ولا تقبل بينته وان لم يكن قال ذلك حين بعث بها اليه فالقول قوله لانه يقول اشتريتها لنفسى وانما بعثتها اليه وديعة أو لينظر انها تعجبه بالثمن الذي اشتريتها له به أولا فلم يسبق منه ما يناقض قوله فلهذا جعلنا القول قوله ثم يأخذ القيمة وعقرها وقيمة ولدها لان الامر مغرور فيها فانه استولدها باعتبار سبب ظاهر لو كان حقيقة كانت الجارية له وهو ان الوكيل اشتراها له بما أمره به فاذا تبين الأمر بخلافه كان مغرورا ولو وكله ان يشترى له كر حنطة من الفرات فاشتراها واستأجر بعيرا لحمله عليه لم يكن الكراء

على الآمر في القياس لان وجوب الكراء بعقد آخر سوى العقد الذي أمره به فكان متبرعا في حمله بمنزلة أجنبي آخر (ألا ترى) انه لو أمره بالشراء من السوق فاشتراه ثم حمله الى منزله بكراء كان متبرعا فيه فكذلك هذا وفي الاستحسان يرجع على الآمر بالكراء لانه مأمور بحمله دلالة فانه أمره بالشراء من الفرات ولا يمكنه ان يتركه هناك بعد الشراء فان الحنطة تحمل في السفن الى بغداد فتشترى ثمة وتنقل الى المنازل اذ لا يبقى هناك بالليل احد يحفظها وليس هناك حانوت تحفظ فيه فلما أمره بالشراء مع علمه بهذا صار الامر آمرا له بالنقل دلالة والنقل لا يتاتى الا بالكراء وكانه أمره بهذا الاستئجار بخلاف مالو أمره بالشراء من السوق *توضيحه ان الوكيل مضطر في هذا النقل فانه لو تركه هناك يكون مضيعا له فلم يكن متبرعا في هذا النقل بخلاف ما اذا اشتراه من السوق فانه غير مضطر الى نقله لتمكنه من الترك في حانوت البائع وان كان الآمر أمره ان يستأجر الكر بدرهم فاستأجر له بدرهم ونصف لم يكن على الامر من الكراء شئ لان الوكيل صار مخالفا له فكان مستأجرا لنفسه فحمله على من استأجره لنفسه كحمله على دابة نفسه ولو استأجره بدرهم جاز على الآمر ولم يكن للوكيل حبس الطعام حتى يستوفي الكراء لان الكراء ليس بعوض عن الطعام وانما يحبس الطعام ببدله وبدل الكراء هنا منفعة الدابة في الحمل وقد تلاشت وليس للحمل أثر قائم في المحمول فلا يحبس المحمول به بخلاف الخياطة والقصارة فان أثر فعل الخياط والقصار قائم في الثوب فله أن يمنعه حتى يستوفي الاجرة ولو وكله ان يشتري له طعاما بعشرة دراهم ولم يدفعها اليه فاشتراه الوكيل نسيئة فهو جائز لانه مأمور بالشراء مطلقا وقد بينا نظيره في الوكيل بالبيع وعن أبي يوسف رحمه الله في الفصلين جميعا انه انما يبيع ويشترى للآمر بالنسيئة اذا أمره بالتصرف على وجه التجارة لان كل واحد من النوعين من صنع التجار فاذا أمره بالبيع لا على وجه التجارة لا يملك البيع بالنسيئة وبيان هذا في كتاب الرهن ثم للآمر ان يأخذ الطعام قبل أن ينقد الثمن لان حاله مع الوكيل كحال الوكيل مع البائع وللوكيل ان يقبض المبيع قبل أن ينقد الثمن اذا كان مؤجلا فللآمر ذلك أيضا فان مات الوكيل حل عليه الثمن لم يحل على الآمر لان حلول الثمن على الوكيل لوقوع الاستغناء عن الاجل وعدم انتفاعه ببقائه أو لان ماعليه من الدين صار كالمستحق في تركته وهو ميت وهذا لا يوجد في حق الآمر مابقي حيا وكذلك لو أمره بأن يشتري له الى أجل وهذا أظهر من الاول ولو كان أعطاه

دنانير وأمره أن يشتري بها ثم لم ينقدها حتى دفع الطعام الى الآمر وأنفق الدنانير في حاجته ونقد الثمن غيرها فهو جائز لانه امتثل الامر في الشراء بتلك الدنانير وهي لا تتعين في الشراء بالتعيين فكانت باقية على ملك الآمر وقد وجب الثمن للبائع دينا في ذمة الوكيل وللوكيل في ذمة الآمر فالوكيل حين أنفق دنانير الآمر في حاجته صار مستوفيا دين نفسه فبقي دين الآمر عليه بغرمه في ماله وان اشترى بدنانير غيرها ثم نقدها فالطعام للوكيل لانه كان مأمورا بالشراء بتلك الدنانير فاذا اشترى بغيرها صار مخالفا فكان مشتريا لنفسه ثم نقد دنانير الآمر في قضاء دين نفسه فصار ضامنا له فان قيل الشراء لا يتعلق بتلك الدنانير فشراء الوكيل بها وبغيرها سواء قلنا لا نقول يتعلق الشراء بتلك الدنانير وانما تتقيد الوكالة بما يتقيد به المال المضاف اليها (ألا ترى) انه لو هلك المال قبل الشراء به بطلت الوكالة واذا تعلقت الوكالة بتلك الدنانير لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة على أن الشراء قد يطل يتعلق الدنانير المضافة اليها نوع تعلق (ألا ترى) أن من اشترى بالدنانير المغصوبة ونقدها لم يطلب له الفضل بخلاف ما اذا اشترى بغيرها ونقدها وان اشترى الوكيل طعاما الى أجل وهو ينوى الشراء بها لم يصدق على ذلك ولم يلزم الآمر لان تلك الدنانير عين وصفة العينية تنافى الاجل فبين شرائه بالثمن المؤجل وبين شرائه بتلك الدنانير منافاة بينة فبينه مخالفة لما صرح به ودعواه غير مطابقة لما ظهر منه فلا يصدق على ذلك وكان هذا ومالو اشتراه بدنانير غير تلك الدنانير سواء وان كان اشترى طعاما بمال فنوى الشراء بتلك فهو جائز على الآمر لانه ما صرح بخلاف ما أمره به نصا فان اضافة الثمن الى ذمته والى مافي يده من الدنانير سواء وكان تعيين تلك الدنانير في قلبه كتعينها باشارته في العقد اليها وهذا لان الوكيل قد يبتلى بهذا بأن يجد مايوافق الآمر في السوق ولا تكون تلك الدنانير معه فلو رجع الى بيته ليحضرها فاته فلهذا جوزنا شراءه للآمر بمطلق الدنانير وان نقد بعد ذلك تلك الدنانير نصا وكذلك لو أمره أن يشتري له عبدا وسمى جنسه وثمنه ووكله آخر بمثل ذلك ودفع اليه الثمن فاشتراه على تلك الصفة وقال نويته لفلان فالقول قوله لان مافي ضميره لا يعرفه غيره فيوجب قبول قوله في ذلك وهو أمين مسلط على ما أخبر به من جهة كل واحد منهما وان مات في يديه مات من ماله الذي سمى له لانه بقبضه له يصير من وقع له الشراء قابضا ولو وكله احدهما أن يشتري له نصف عبد معروف بثمن مسمى ووكله آخر بأن يشتري له نصف عبد بمثل ذلك الثمن

فاشترى الوكيل نصفه وقال نويت ان يكون للآخر فالقول قوله لان وكالة الثانى صحيحة وصار هو مالكا شراء النصف لكل واحد منهما فكان قوله مقبولا في تعيين من المشترى له وان كان كل واحد منهما سمى له ثمنا مخالفا لما سمى الآخر فاشترى احد النصفين بذلك الثمن وقال نويته لفلان الآخر فالقول قوله لما بينا ان ما في ضميره لا يعرفه غيره فاذا قبلنا قوله في ذلك صار مخالفا مشتريا لنفسه لانه اشترى بثمن غير الثمن الذى نواه له بالشراء ولا يكون هذا النصف للذى أمره بالشراء بهذا الثمن لانه لم ينوه له وفيما ليس بعين لا يصير مشتريا للامر الا أن ينوي ان ينقد دراهمه قال واذا وكله ان يشترى له جارية بعينها فقال الوكيل نعم ثم اشتراها لنفسه ووطئها فحبلت منه فانه يدرأ عنه الحد وتكون الامة وولدها للآمر ولا يثبت النسب لانه صار مشتريا للآمر فان نيته لنفسه لغو في الجارية المعينة الا انها في يده بمنزلة الجارية المبيعة في يد البائع على ما بينا ان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى ووطء البائع للامة المبيعة لا يوجب عليه الحد لتمكن الشبهة ولكن لا تمكن الغرور بهذا لانه استولدها مع العلم بانها لغيره ولهذا كانت مع ولدها للآمر ولا يثبت النسب قال ولو وكله بأن يشترى له أمة وسمى جنسها فاشترى أمة وأرسل اليه بها فاستولدها الآمر ثم قال الوكيل ما اشتريتها لك فان كان حين بعث بها اليه قال اشتريتها لك أو قال هى الجارية التى أمرتنى بأن اشتريها لك لم يسمع دعواه بعد ذلك ولا تقبل بينته على الاشهاد عند الشراء انه اشتراها لنفسه لكونه مناقضا فى هذه الدعوى وان لم يذكر شيئا من ذلك فالقول قوله مع يمينه ويأخذها وعقرها وقيمة ولدها لما بيناه فيما سبق قال ولو وكله بأن يشترى له دار فلان بألف درهم فاشترى صحراء ليس فيها بناء فهو جائز لان الدار اسم لما يدار عليه الحائط مبنيا كان أو غير مبنى والعرب يطلقون اسم الدار على الصحراء التى لم يبق فيها الأثر قال القائل

يا دار مية فالعلياء فالسند (وقال الآخر) عفت الديار محلها فمقامها

وهذا بخلاف مالو أمره بأن يشترى له بيتا فاشترى أرضا لم يكن فيه بناء لم يجز على الامر لان البيت اسم لما يبات فيه وذلك في المبنى خاصة ثم الانسان قد يشترى الدار غير مبنية ليبنيها على مراده فلم يكن فيما اشتراه الوكيل معنى المخالفة لمقصود الآمر بخلاف البيت فانه يشتريه لينتفع به ولا يحتاج الى تحلق بنائه وهذا المعنى لا يحصل في غير المبنى فاذا

صح شراء الدار للآمر وهلك المال عند الوكيل فقال الآمر هلك قبل أن تشترى وقال الوكيل هلك بعد ما اشتريتها فالقول قول الآمر لانكاره بقاء الوكالة عند الشراء بمنزلة ما لو أنكر التوكيل أصلا ولان الوكيل يدعى لنفسه الثمن في ذمة الموكل وهو منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه ويحلف على العلم لانه استحلاف على فعل الغير وهو الشراء به قبل الهلاك أو بعده ولو لم يهلك ونقده البائع فاستحقه رجل فضمن الوكيل رجع به على الآمر لانه كان عاملا له فيما قبض من الثمن ونقد وان ضمن البائع رجع به على الوكيل لان المقبوض من الثمن لم يسلم له رجع الوكيل على الآمر لكونه عاملا له ولو لم يستحق ولكن جحد البائع أن يكون القبض قبض الثمن فالقول قوله مع يمينه فاذا حلف رجع به على الوكيل ولم يرجع به الوكيل على الآمر لانه مقر انه استوفى الثمن من الآمر ونقده البائع ثم ظلمه البائع بتغريمه الثمن مرة أخرى فليس له أن يظلم الآمر ان ظلمه غيره ولو لم ينقده البائع حتى هلك عند الوكيل فاخذه من الآمر ثانية فهلك عنده لم يرجع به على الامر ويضمن الثمن من عنده للبائع لان بالشراء وجب الثمن للبائع على الوكيل وللوكيل على الآمر فاذا قبضه الوكيل بعد الشراء صار به مستوفيا دين نفسه فدخل المقبوض فى ضمانه وكان هلاكه عليه بخلاف ما لو قبضه قبل الشراء فانه ما استوجب على الآمر شيئا بعد وكان فى ذلك القبض عاملا للامر لا لنفسه والفرق بين هذا وبين المضاربة قد بيناه فيما أمليناه من شرحه قال ولو وكله أن يشترى له سيفا بثمن مسمى فاشترى نصلا أو سيفا محلى كان جائزا لان اسم السيف للنصل حقيقة وشراؤه معتاد فقد يشترى المرء نصلا ليركب عليه الحمايل على مراده قال ولو وكله بأن يشترى له ثوبا يهوديا ليقطعه قميصا فاشترى له ثوبا لا يكفيه لم يلزم الآمر لانه بين له مقصوده فتقيدت الوكالة بثوب يصلح لمقصوده وكذلك لو وكله أن يشترى له دابة يسافر عليها ويركبها فاشتراها مقطوعة اليد أو عمياء أو مهرا لا يركب عليه لانه غير صالح لما قيد الآمر التوكيل به قال ولو وكله ان يشترى له عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى أكثر به لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور لانه أمره بشراء قدر مسمى فما زاد على ذلك لم يتناوله أمره فكان مشتريا لنفسه وفى القدر الذى تناوله أمره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء بأقل مما سمى له فكان مشتريا للآمر ولكن هذا الجواب انما يستقيم فيما اذا اشترى ما يساوى عشرة أرطال بدرهم اما اذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم فيصير مشتريا الكل

لنفسه لان الامر تناول اللحم السمين الذى يشتري منه عشرة أرطال بدرهم وقد اشترى المهزول فلم يكن محصلا مقصود الآمر فكان مشتريا لنفسه والله أعلم بالصواب

باب الوكالة فى الصرف والسلم

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا بان يشتري له ابريق فضة بعينه ولم يسم الثمن فاشتراه بقيمته دنانير أو بمثل وزنه دراهم فهو جائز لانه مطلق للتوكيل بالشراء بالنقود وكل واحد من الجنسين من النقود وشراء الابريق بكل واحد منهما معتاد لو اشتراه الموكل بنفسه يجوز فكذلك اذا اشتراه الوكيل له وفى حكم التقابض المعتبر بقاء المتعاقدين فى المجلس وغيبة الموكل لا تضر هذا غير مشكل فيما اذا كان الوكيل ممن تتعلق به حقوق العقد لانه بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك ان كان ممن لا تتعلق به حقوق العقد لان قبضه وتسليمه صحيح وان كان لا تتوجه عليه المطالبة ففى حكم صحة التقابض هو بمنزلة وكيل يتعلق به حقوق العقد فان قال الموكل لم تشتره وقال الوكيل اشتريته بكذا وكذا فصدقه البائع فانه يلزم الموكل بذلك الثمن لان الوكيل أقر بالشراء فى حال تملك الانشاء فيكون اقراره صحيحا وكذلك لو قال الموكل أخذته بثمن دون الذى قلت لان تصادق البائع مع الوكيل على الشراء بذلك الثمن بمنزلة مباشرتهما العقد فيكون لازما للموكل فالموكل يدعى عقدا سوي الذي ظهر بتصادقهما فلا يقبل قوله ذلك الا بحجة وكذلك هذا فى الوكالة بشراء دار بعينها أو عبد بعينه لان فى المعين الوكيل يملك الشراء للموكل ولا يملك الشراء لنفسه اذا كان بمثل قيمته فمطلق شرائه محمول على ما يملكه دون ما لا يملكه فلهذا كان لازما للموكل قال ولو وكله بخاتم ذهب فصه ياقوتة يبيعه فباعه بفضة أو ذهب أكثر مما فيه أو بخاتم من ذهب أكثر وزنا منه وليس فيه فص فهو جائز كما لو باعه الموكل بنفسه وهذا لان المثل من الذهب يصير بازاء المثل والباقى بازاء الفص وان تفرقا قبل قبض أحدهما فسد البيع لان العقد فى حصة الذهب صرف وان باعه بخاتم ذهب أكثر مما فيه من الذهب أو أقل وفيه فص وتقابضا جاز كما لو باعه الموكل بنفسه وهذا لان الجنس يصرف الى خلاف الجنس أحيانا لا لتصحيح العقد وعلى هذا قول أبى حنيفة رحمه الله ظاهر لان عنده الوكيل بالبيع يملك البيع بالغبن اليسير والفاحش وعندهما انما لا يملك البيع بالغبن الفاحش لانه خلاف المعتاد ولما فيه من الضرر على الموكل وهذا غير موجود هنا وان صرفنا

الجنس لتصحيح العقد واذا وكله بدراهم صرفها له وصرفها الوكيل عند أبيه أو عند ابنه أو عبده أو مكاتبه كان باطلا فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهو جائز عندهما الا فى عبده أو مكاتبه وقد بينا هذا ثم زاد فقال فان باعه بالقيمة دنانير جاز ذلك كله ما خلا عبده اذا لم يكن عليه دين وهذا اشارة الى أن الخلاف فى البيع بالغبن اليسير دون البيع بمثل القيمة وقد بينا اختلاف المشايخ رحمهم الله فيما سبق قال ولو دفع اليه عبدا فقال بعه بألف درهم وزن سبعة فباعه بألفى درهم وزن خمسة فهذا جائز لانه باعه بأكثر مما سمى له من جنسه فان ألف درهم وزن سبعة تكون سبعمائة مثقال وألفى درهم وزن خمسة يكونان ألف مثقال فلم يكن هذا مخالفا لما سمى له الآمر قال وان دفع اليه عشرة دراهم يسلمها فى ثوب ولم يسم جنسه لم يجز لان اسم الثوب يتناول اجناسا مختلفة فلم يصر مقصود الموكل بتسمية الثمن معلوما فان أسلمها الوكيل فى ثوب موصوف فالسلم للوكيل لان الوكالة لما بطلت تعذر تنفيذ العقد على الموكل فنفذ على الوكيل ثم للموكل أن يضمن دراهمه أيهما شاء لانه قضى دين نفسه بدراهم الموكل فكان هو ضامنا بالدفع والمسلم اليه بالقبض فان ضمنها الوكيل فقد ملكها بالضمان وتبين انه نقد دراهمه بعينها فكان السلم له وان ضمنها المسلم اليه بعد ما افترقا بطل السلم لاستحقاق رأس المال من يد المسلم اليه فان ذلك يقتضى القبض من الأصل وان سمى ثوبا يهوديا جاز التوكيل لبيان الجنس والسلم نوع شراء فالتوكيل بشرائه سلما معتبر بتوكيله بشرائه والله أعلم بالصواب

باب الوكالة فى الدين

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا بتقاضى دينه وبقبضه لم يكن للوكيل ان يوكل غيره بذلك لان الناس يتفاوتون فى التقاضى فقد يعلم الغريم من تقاضى بعض الناس والموكل انما رضى بتقاضيه بنفسه لا بتوكيله والقبض باعتبار الائتمان والناس يتفاوتون فيه فلا يكون رضا الموكل بقبض الوكيل رضا منه بقبض غيره فان قبضها الوكيل الثانى لم يبرأ المطلوب لانه فى حق الطالب كاجنبى آخر فلا يبرأ المطلوب بقبضه الا ان يصل المال الى الوكيل الأول لان يد الوكيل كيد الموكل فوصوله الى يده كوصوله الى يد الموكل ولان وصوله الى يده من جهة وكيله كوصوله الى يده أن لو قبض بنفسه وكذلك ان كان الآخر ممن فى عيال الأول فحينئذ يكون قبضه مبرئا للمطلوب لان يد من فى عيال الوكيل كيد الوكيل (ألا ترى) انه ان قبضه

بنفسه ثم دفعه الى من فى عياله لم يصر ضامنا وهذا لان الوكيل أمين فى المقبوض والامين يحفظ الامانة تارة بيده وتارة بيد من فى عياله قال وان وكله بتقاضي كل دين له ثم حدث له بعد ذلك دين فهو وكيل فى قبضه استحسانا وفى القياس لا يكون وكيلا فى قبضه لانه سمى فى الوكالة كل دين له والدين اسم لما هو واجب فانما يتناول ما كان واجبا عند الموكل دون ما يحدث ولكنه استحسن للعادة فان الناس بهذا التوكيل لا يقصدون تخصيص الواجب على ما يحدث وجوبه (ألا ترى) أنه يوكل الغير بقبض غلاته ومراده في ذلك ماهو واجب وما يحدث وجوبه بعد ذلك وهذا لان مقصوده في هذا التوكيل صيانة هذا النوع من ماله بقبض الوكيل فانه لا يتفرغ لذلك بنفسه لكثرة اشتغاله وفي هذا المعنى لا فرق بين ماهو واجب وبين ما يحدث وجوبه فان جحد الغريم الدين فقد بينا أن عند أبي حنيفة رحمه الله الوكيل بالتقاضى والقبض وكيل بالخصومة فيثبت الدين بالبينة وعندهما لا يكون وكيلا بالخصومة فيتوقف الامر حتى يحضر الطالب قال ولو وكل رجلين بالقبض فقبض أحدهما لم يبرإ الغريم حتى يصل ذلك الى الآخر ويقع فى أيديهما جميعا لانه رضى بامانتهما جميعا فلا يكون راضيا بامانة أحدهما ولكن اذا وقع فى أيديهما تم مقصود الموكل الآن فكأنهما باشرا العقد بالقبض من الغريم واذا قال لغيره وكلتك بديني فهو وكيل بقبضه استحسانا وفى القياس لا يكون وكيلا لجهالة ما وكله به من استبدال أو صلح أو قبض أو ابراء وهذه جهالة غير مستدركة ولكنه استحسن للعادة فالمراد بهذا اللفظ فى العادة التوكيل بالقبض ومعنى كلامه وكلتك بديني لتعينه وتعينه بالقبض يكون ولان القبض متيقن به اذ ليس فيه تغيير شئ من حق الموكل وهو موجب الدين باعتبار الاصل فينصرف التوكيل اليه وهذا نظير الاستحسان الذى قال فيما اذا وكله بماله يكون وكيلا بالحفظ لانه هو المتيقن به قال واذا وكله بقبضه فابى أن يقبل الوكالة ثم ذهب فقبض لم يكن وكيلا ولم يبرأ الغريم من الدين لان الوكالة قد ارتدت برده فكان هو فى القبض كاجنبي آخر فلهذا لا يبرأ الغريم ويرجع الطالب بماله على الغريم ثم ان كان المقبوض قائما في يد الوكيل استرده الغريم منه لانه عين ماله سلمه اليه ليستفيد منه البراءة من الدين وهو لم يستفد وان هلك المال في يد الوكيل رجع عليه الغريم فضمنه ان كان كذبه فى الوكالة لانه قبض منه المال بشرط أن يستفيد البراءة عما في ذمته أو يملك ما في ذمته فاذا لم يستفد هذا لم يكن راضيا بقبضه بل هو في حقه كالغاصب وكان له أن يضمنه وكذلك ان لم يصدقه

ولم يكذبه أو صدقه وضمنه لانه اذا كان ساكتا فانما دفع المال بزعمه وزعمه أن يستفيد الغريم البراءة بما يدفعه اليه فيفيد رضاه به وان صدقه وضمنه فقد قال أنت وكيلي لا آمن أن يجحد الطالب اذا تصرف ضمن له ما يقبضه الطالب مني وهذا ضمان صحيح لانه مضاف الى سبب الوجوب لان الطالب في حقهما غاصب فيما يقبضه ثانيا فكانه قال أنا ضامن لك ما يغصبه فلان منك وهذا اضافة الي سبب الوجوب فكان صحيحا فان صدقه في الوكالة ولم يضمنه لم يرجع به عليه لانهما تصادقا علي أنه في المقبوض أمين وان الطالب في قبضه من الغريم ثانيا غاصب ظالم ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره قال ولو قبل الوكالة ثم أخرجه الموكل من الوكالة ولم يعلمه ذلك فهو علي وكالته لما بينا أن العزل حجر عليه في القبض فلا يثبت حكمه في حقه ما لم يعلم به وان أخبره بذلك حر أو كافر أو مسلم صغيرا أو كبيرا برسالة من الآمر لم يكن له أن يقبض شيأ ولم يبرا الغريم منه ان اعطاه لانه كعبارة المرسل وارسال الصبي والعبد في مثل هذا معتاد بين الناس فان كل واحد لا يجد عدلا ليرسله في حوائجه قال وان كان رب الدين وكله بمحضر من المطلوب يبرأ بالدفع حتى يأتيه الخبر انه قد أخرجه من الوكالة لان توكيله اياه بمحضر من المطلوب أمر للمطلوب بالدفع اليه ثم الاخراج نهي له عن ذلك فبعد ما علم بالامر لا يثبت حكم النهي في حقه مالم يعلم به قال واذا ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب أو ذهب عقله ثم أسلم أو رجع اليه عقله فهو علي وكالته أما عند ذهاب عقله فلانه لم يوجد ما ينافي الوكالة ولكنه في حال الجنون عاجز عن القبض وأداء الامانة في المقبوض فاذا زال ذلك صار كان لم يكن فهو علي وكالته أما في الردة فان لم يكن القاضي قضى بالحاقه فهو بمنزلة الغيبة وان كان القاضي قضى بلحاقه فهذا الجواب قول محمد رحمه الله وقد بينا الخلاف فيما سبق قال والوكيل بقبض الدين اذا وهبه الغريم أو أبرأه منه أو أخره أو أخذ به رهنا لم يجز لان هذا تصرف غير ما أمر به (ألا تري) أن الموكل غير مجبر علي شئ من هذا وهو مجبر علي القبض اذا أتاه المطلوب بالمال وهذا قول هو الاصل في هذا الجنس أن الوكيل بالقبض انما يملك القبض علي وجه لا يكون للموكل أن يمتنع منه اذا عرضه عليه المطلوب فليس للوكيل بالقبض ذلك كالشراء بالدين والاستبدال وان قال الوكيل قد برأ الي منه أو قامت عليه بينة بهذا القول برئ الغريم لان هذا اللفظ اقرار بالقبض والوكيل بالقبض يصح اقراره في براءة الغريم قال وان أخذ منه كفيلا بالمال جاز وله أن يأخذ به

أيهما شاء لان الكفالة بالمال توثق به وأمره اياه بالقبض لتحقيق معنى الصيانة وذلك يزاد بالتوثق به ولا ضرر فيه على الموكل الا أن يكون أخذ كفيلا على ان أبرأه فحينئذ لا تجوز البراءة عليه لما فيه من الضرر على الآمر وهذا بخلاف الرهن لانه وان كان توثقا لجانب الاستيفاء لكن فيه نوع ضرر على الآمر على معنى أنه لا يتصرف في المرهون فيهلاكه يصير مستوفيا ويسقط حقه فلهذا لم يصح فى حق الآمر قال واذا وكله فى كل قليل وكثير هو له فهو وكيل بالحفظ وليس بوكيل فى تقاض ولا شراء ولا بيع الا فى قول ابن أبي ليلي رحمه الله فانه يقول ظاهر لفظه يتضمن ذلك كله فانه من القليل والكثير الذى له أن يباشره بولايته فى ماله ولكنا نقول قد عرفنا يقينا انه لم يرد بهذا اللفظ جميع ماله أن يفعله وانما يثبت بهذا اللفظ القدر المتيقن والمتيقن به هو الحفظ فلا يملك الا ذلك بمنزلة قوله وكلتك بمالى قال واذا وكله بتقاضى دينه بالشام فليس له أن يتقاضى دينه بالعراق لان الوكالة تتقيد بتقييد الموكل وتقييده بموضع كتقييده بشخص بأن يوكله بتقاضي دينه على فلان فكما أن هناك الوكالة لا تعدو الى غيره فكذلك هنا وهذا لانه انما يستعين بغيره فيما يعجز عن مباشرته بنفسه وقد يعجز عن مباشرة القبض لديونه فى موضع دون موضع قال واذا وكل ذمى مسلما بتقاضى خمر له على ذمى كرهت للمسلم أن يقبض ذلك لان المسلم مأمور بالاجتناب عن الخمر ممنوع من الاقتراب منها وفى القبض اقتراب منها ولان التوكيل بقبض الدين من وجه توكيل بتمليك الدين لان الديون تقضي بأمثالها فالوكيل يملك المطلوب مافى ذمته بما يقبضه وتوكيل الذمى المسلم بتمليك الخمر لا يجوز الا أن هنا يجوز ان قبض فى حق براءة الغريم لانه من وجه تعيين لما كان مملوكا للطالب دينا فكان كالوكيل بقبض العين ومن وجه يتضمن التمليك ولكن لا يتوقف هذا على فعل الوكيل (ألا ترى) أن المطلوب اذا أتى بالدين فوضعه بين يدى الطالب أو وكيله برئ فلما كان اتيانه لا يستدعي فعلا من الوكيل قلنا يجوز ولمكان أن فيه تمليك الخمر من وجه قلنا يكره توكيل المسلم به قال واذا قال الرجل للرجل اقض عني فلانا من مالك ألف درهم ثم أقضيكها فقال المأمور قد دفعتها الى فلان وصدقه الامر فان الطالب يأخذ الآمر بماله لان دعوى المأمور للقضاء كدعوي الآمر بما له بنفسه وهو غير مصدق فيما يدعى من قضاء الدين الا بحجة فكذا المأمور لا يصدق ولكن اذا حلف الطالب أخذ ماله من الغريم ولا شئ للمامور على الآمر لانه أمره بدفع يكون مبرئا له عن

حق الطالب ولم يوجد ذلك حين لم يستفد البراءة ولانه وكله بان يملكه ما في ذمته ببدل يعطيه من مال نفسه ولم يكن ذلك حين رجع عليه الطالب بدينه فهو نظير ما لو وكله بان يملكه عينا فى يده بغيره بشرائه له وهناك لو قال اشتريته ونقدت الثمن من مالى وجحد ذلك صاحب العين وأخذ متاعه لم يكن للمأمور أن يرجع علي الآمر بشيء فكذلك هنا قال واذا وكل الوصى وكيلا بدفع دين على الميت أو وصية الي صاحبها فهو جائز لانه يملك مباشرة الدفع بنفسه فيستعين فيه بغيره أيضا ولو وكل وكيلا وسماه في هذا الكتاب فدفع بغير بينة ولم يكتب براءة فلا ضمان عليه لانه أمين فى المال المدفوع والقول قول الامين في براءة ذمته مع اليمين الا أن يكون مما لا يدفع الا بشهود فحينئذ يضمن اذا دفع بغير شهود لانه نهاه عن الدفع واستثنى دفعا بصفة وهو أن يكون بشهود فاذا دفع بغير شهود فهذا الدفع لم يكن مأمورا به فصار غاصبا ضامنا وان قال الوكيل قد اشهدت وجحد الطالب أن يكون قبض ولم يكن للوكيل شهود الا قوله أشهدت كان الوكيل بريئا من الضمان بعد أن يحلف علي ذلك لانه أخبر باداء الامانة فالقول قوله مع يمينه (ألا ترى) أن فيما تقدم جعل إخباره باصل الدفع مقبولا براءته لانه مسلط على ذلك فكذلك خبره بالدفع بالصفة التى أمر بها يكون مقبولا لكنه محتمل فقد يشهد على الدفع ثم يغيب الشهود أو يموتون فلا يقدر علي احضارهم وعلي هذا لو قال لا تدفع الا بمحضر من فلان فدفع بغير محضر منه كان ضامنا لما قلنا قال ولو وكله بدفع مال لفلان عليه له فارتد الوكيل ثم دفعه اليه جاز لان المدفوع مال الموكل والدفع تصرف من الوكيل من متاع نفسه لا فى ماله ولا حق لورثته فى ذلك فكان دفعه بعد الردة كدفعه قبلها فان ارتد الموكل قبل ردته أو لحق بدار الحرب فقال الوكيل دفعت المال قبل أن يرتد فالقول قوله لانه أخبر بما كان مسلطا عليه وكان خبره مقبولا فى براءته عن الضمان وان دفع الموكل المال الى صاحبه ثم دفع الوكيل المال الذى أمر بدفعه اليه وهو لا يعلم بدفع الموكل فلا ضمان عليه قال وهذا مثل اخراجه من الوكالة وقد بينا أن اخراجه من الوكالة لا يصح فى حقه مالم يعلم به دفعا للضرر عنه فهذا مثله فان قيل هذا اخراج حكما لان الدين لا يبقى بعد قضاء الموكل فيكون قضاؤه تفويتا للمحل وذلك عزل حكمى فلا يتوقف على العلم قلنا لا كذلك فان دفع الموكل بنفسه ليس موجب العزل حكما ولكن يتضمن منع الوكيل عن الدفع لانه لا يحصل المقصود بدفعه بعد ذلك (ألا ترى) أن الطالب لو وجد المقبوض زيوفا

فرده على المطلوب كان الوكيل على وكالته فتبين أن هذا بمنزلة عزله قصدا لا حكما فيتوقف على علمه به وكذلك لو وهب الطالب المال للمطلوب أو أبرأه منه فهذا بمنزلة العزل قصدا فلا يثبت في حق الوكيل اذا لم يعلم به ولا يصير ضامنا للمال بدفعه بل يرجع المطلوب بالمال على الطالب ان بين هو لكونه مالكا وانشاء الوكيل لكونه دافعا وقد تبين انه لم يكن للقابض حق القبض منه ولو دفعه اليه الوكيل وهو يعلم بذلك فهو ضامن له لانه انعزل عن الدفع حين علم بسقوط الدين عن المطلوب فاذا دفعه كان ضامنا ويرجع به على الذى قبضه منه لانه ملك المقبوض بالضمان وقد قبضه منه بغير حق وكان له ان يرجع به عليه وقد فرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الوكيل باداء الزكاة وهذا فرق قد بيناه على أصل الكل فى كتاب الزكاة فلو لم يكن شيء من ذلك ولكن الطالب ارتد ثم دفع الوكيل اليه بالمال فان قتل على ردته أو لحق بدار الحرب فدفع الوكيل اليه باطل فى قول أبي حنيفة رحمه الله لانه تصرف منه فى كسب اسلامه وقد تعلق به حق ورثته فكان تصرفه فيه موقوفا عند أبي حنيفة رحمه الله ولكن الوكيل لا يصير ضامنا الا ان يعلم ان قبضه لا يجوز بعد ردته فاذا علم ذلك فحينئذ يضمن لان دفع الضرر عن الوكيل واجب واذا علم اندفع الضرر عنه ودفع المال على وجه لم يحصل مقصود الآمر فصار ضامنا واذا لم يعلم فهو محتاج الى دفع الضرر عنه وقد امتثل أمره في الدفع ظاهرا فلا يصير ضامنا كما بينا *وهذه المسائل المعدودة التي يضر العلم فيها وهى خمس جمعناها فى غير هذا الموضع قال واذا ضمن الوكيل لعلمه رجع في مال المرتد الذى اكتسبه فى الردة لانه قبضه منه بغير حق حين لم يحصل للمطلوب البراءة بهذا القبض فكان دينا عليه فى كسب ردته ولا يجوز أن يكون الواحد وكيلا للمطلوب فى قضائه ووكيلا للطالب فى الاقتضاء كما لا يجوز ان يكون المطلوب وكيلا للطالب فى قبض الدين من نفسه وهذا لان فى القبض معنى المبادلة من وجه فلا يتولاه الواحد من الجانبين كالبيع والشراء قال والتوكيل بالتقاضي والقبض جائز ان كان الموكل حاضرا أو غائبا صحيحا أو مريضا لانه تفويض الى غيره ماهو من خالص حقه ولا ضرر فيه على الغير فان القبض معلوم بجنس حقه لا يتفاوت فيه الناس وعلى المطلوب أن يقضى الدين ولا يخرج الوكيل ولا الطالب الى التقاضى مع أن للتقاضى حقا معلوما اذا جاوزه منع منه بخلاف الوكيل بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله فان مات المطلوب فالوكيل على وكالته فى تقاضى ذلك من مال الميت فان الدين لم يسقط

بموت المطلوب بل قضاؤه من تركته مستحق وابتداء التوكيل بالتقاضي بعد موته صحيح فبقاؤه أولى ولو كان الموكل هو الميت بطلت الوكالة لان المال صار ميراثا لورثته ولم يوجد التوكيل منهم بقبضه فان قال قد كنت قبضته في حياة الموكل ودفعته اليه لم يصدق في ذلك لانه أخبر بما لا يملك انشاءه فكان متهما في الاخبار وقد انعزل بموت الموكل والدين قائم ظاهرا فلا تقبل قوله في ابطال ملك قائم للوارث وان لم يمت الطالب ولكنه احتال بالمال على آخر وأبرأ المطلوب منه لم يكن للوكيل ان يقبضه من المحتال عليه ولا من الأول لانه لم يبق في ذمة الأول شيء والتوكيل كان مقيدا بالتقاضي والقبض منه فلا يملك به القبض من غيره وهو المحتال عليه فان نوى ماعلى المحتال عليه ورجع على الاول فالوكيل على وكالته لان الحوالة لم تبطل الوكالة ولكن تعذر على الوكيل مطالبة المحيل كما كان فبقي الوكيل على وكالته وكذلك لو اشترى الموكل بالمال عبدا من المطلوب فاستحق العبد من يده أو رده بسبب هو فسخ من الاصل فقد عاد دينه كما كان فبقيت الوكالة وكذلك لو كان قبض الدراهم فوجدها زيوفا لان بالرد بعيب الزيافة انتقض القبض من الأصل فبقي الوكيل على وكالته ولو أخذ الطالب منه كفيلا لم يكن للوكيل ان يتقاضى من الكفيل لان التوكيل مقيد بالتقاضي من الأصيل فلا يملك به التقاضي من غيره فلو قال الطالب لرجل اذا حل مالي على فلان فتقاضه أو قال اذا قدم فتقاضاه أو اقبض ماعليه كان جائزا لان التوكيل اطلاق وهو يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى وقت وكذلك لو قال اذا أدينه شيئا فأنت وكيلي في قبض ماعليه فقد أضاف التوكيل بالقبض الى حال وجوب الدين كالمستثنى للوكيل في ذلك الوقت ولو قال انت وكيلي في قبض كل دين لي وليس له دين يومئذ ثم حدث له دين كان وكيلا في قبضه أما على طريقة الاستحسان فغير مشكل لما بينا وعلى طريقة القياس فكذلك لان الدين اسم للواجب في الحال حقيقة ولما استجيب مجاز ولم تكن الحقيقة مرادة هنا فتعين المجاز وفيما تقدم كانت الحقيقة مرادة فانتفى المجاز ولو قال اذهب فتقاض ديني على فلان فله أن يقبضه لان المقصود من التقاضي القبض والمأمور بالشيء يكون مأمورا بتحصيل المقصود به ولا يكون وكيلا في الخصومة لان قوله اذهب فتقاض ديني بمنزلة قوله اذهب واقبضه وهذا اللفظ بمنزلة الرسالة بالقبض فلا يصير به وكيلا بالخصومة الا ان يصرح بلفظة التوكيل قال ولو كتب في ذكر الحق ومن قام بهذا الذكر فهو ولي مافيه أو وكيل بقبضه لم تكن هذه الوكالة شيئا لانه توكيل لمجهول

بالقبض وهو باطل قال ولو كتب فيه ان فلانا وكلني وكيلا في قبض هذا الحق كان جائزا لانه توكيل المعلوم وذلك صحيح يتم للموكل في حقه ولا يتوقف على حضرة الوكيل قال ولو وكله بقبض دينه على رجل فقبضه كان بمنزلة الوديعة عند الوكيل لانه في القبض عامل للموكل فكان الموكل قبضه بنفسه ثم دفعه اليه ليحفظه فان وجده الوكيل زيوفا أو ستوقا فرده فانه ينبغي في القياس ان يضمن ولكن استحسن ان لا أضمنه فقد جمع في السؤال بين الفصلين والمراد بالجواب أحدهما وهو الزيوف فاما في الستوق فلا يضمن بالرد قياسا واستحسانا لانه وكيل بقبض دينه والستوق ليست من جنس دينه فلا يصير به قابضا دينه حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لا يجوز فرد المقبوض لانه باق على ملك من قبضه منه وهو على وكالته في قبض دينه وجه القياس في الزيوف انه من جنس دينه فصار به قابضا ويجعل في الحكم كان الموكل قبضه بنفسه ثم دفعه اليه ليحفظه فاذا رده على غيره صار ضامنا وهذا لان الوكالة انتهت بالقبض فهو في الرد كأجنبي آخر ووجه الاستحسان أنه مأمور بقبض أصل حقه بصفته وقد تبين انه لم يقبض الصفة ولا يتوصل الى قبض الصفة الا برد الزيوف فصار مأمورا به من جهة الموكل دلالة *توضيحه ان قبض الدين فيه معنى التمليك من وجه والزيافة عيب في الدراهم والوكيل بالتمليك بعوض يملك الرد بالعيب كالوكيل بالبيع والشراء قال وان وكله بتقاضي حنطة له على رجل فقبضها ووجد بها عيبا فردها فهو جائز لانه تبين انه مما قبض حقه فيرد المقبوض ليقبض الحق بصفته وفيه منفعة للآمر لانه لو هلك المقبوض قبل الرد بطل حقه من الصفة فكان في الرد احياء حقه وان لم يكن بها عيب فاستأجر لها من يحملها لم يجب الأجر على الآمر لانه متبرع بالحمل فأداء الكراء عليه فان الآمر لم يأمره بذلك قال الا أن يكون في المصر فاستحسن ان أجعله عليه وفي القياس هو متبرع هنا كما في الأول وفي الاستحسان قال الظاهر هنا انه يأمره بالقبض في المصر ليحمله الى منزله لانه ان أراد الأكل جملة الى منزله وان أراد البيع فكذلك لان قيمة الحنطة في المصر لا تختلف بالسوق وغيره فاما خارج المصر فان كان مراده البيع فربما يبيعه هناك ولا يحمله الى المصر اذا كان أنفع له من التزام الكراء فلا يكون أمره بالقبض أمرا بالحمل الى منزله ولان المؤنة في الحمل الى المصر تقل فلا يكون على الآمر فيه كثير ضرر لو عدينا حكم الآمر الى الحمل فاما خارج المصر فالمؤنة تكثر فربما يتضرر به الآمر فلهذا لا يتعدى حكم الوكالة الى الحمل وعلى هذا لو

وكله بقبض رقيق أو غنم فقبضها وانفق عليها في رعيها أو في كسوة الرقيق وطعامهم فهو متطوع في ذلك لأن الأمر بالقبض لا يتعدي الى هذه الاشياء فهو متبرع فيها كسائر الأشياء قال ولو وكله بقبض دين له على أبي الوكيل أو ولده أو مكاتبه أو عبده فقال الوكيل قد قبضته وهلك في يدي وكذبه الآمر فالقول قول الوكيل لان الوكالة لما صحت بالقبض من هؤلاء صار هو مسلطا من جهة الآمر على الاقرار بالقبض لان من ملك مباشرة الشئ يملك الاقرار به وتأويله في حق العبد اذا كان مديونا أما اذا لم يكن مديونا فتوكيله بالقبض يصح كتوكيله بالقبض من نفسه ولا يصح اقراره بالقبض لان وجوب الدين فيما هو ملك المولى وفي بعض النسخ قال أو مكاتب ولده أو عبده يعني عبد الولد وهذا الجواب واضح وان كان الوكيل عبدا فقال قد قبضت من مولاي أو من عبد مولاي وهلك مني فهو مصدق أيضا لانه صح التوكيل وملك ابراء الغريم بمباشرة القبض منه فكذلك باقراره بالقبض منه قال وان كان الوكيل أبا الطالب أو المطلوب فكذلك لانه لا تهمة في اقرار الوكيل بالقبض منه وقد صح توكيله اياه بالقبض ولو وكل غيره أن يلزم رجلا بمال له عليه لم يكن وكيلا بالقبض بخلاف الوكيل بالتقاضي فان هناك التوكيل مضاف الى المطلوب دون الدين لانه يقول وكلتك بان تلازم فلانا فلا يتعدى ذلك الى قبض الدين ولهذا يختار للملازمة أسفه الناس ومن يتأذى المطلوب بملازمته ومصاحبته ويختار للقبض الامناء فلهذا لا يتعدى التوكيل بالملازمة الى القبض قال ولو وكل المسلم مرتدا بقبض دينه فقبضه أو أقر بقبضه وهلاكه منه ثم قتل على ردته جاز قبضه لان قبول الوكالة صحيح فانه يتصرف به في منافعه لا فيما يتعلق به حق ورثته وكذلك ان كان الوكيل حربيا فقبضه ثم لحق بدار الحرب لانه قبض بحكم وكالة صحيحة فبرئ الغريم وصار كان الموكل قبضه بنفسه ثم دفعه اليه ليحفظه قال ولو وكل رجل رجلا بقبض دينه من فلان وأمره ان لا يقبضه الا جميعا فقبضه كله الا درهما لم يجز قبضه على الآمر لانه قيد الامر بوصف مرغوب فيه فان التجار يرغبون في قبض الحق جملة واحدة ويمتنعون من القبض متفرقا فاذا لم يقبض الكل جملة لم يكن هذا القبض هو المأمور به فلا يستفيد الغريم به البراءة وللطالب أن يرجع عليه بجميع حقه وكذلك لو قال له لا تقبض درهما دون درهم فان معنى هذا لا تقبضه متفرقا فاذا قبض شيأ دون شئ لم يبرإ الغريم من شئ قال واذا ادعى الرجل أن فلانا وكله بقبض دين له على هذا فلم يقر الغريم به ودفع المال اليه على الانكار ثم أراد أن

يسترده منه لم يكن له ذلك لانه دفع اليه على وجه القضاء فما لم يتبين الأمر بخلافه لا يكون له حق الاسترداد فان قاضي الدين ينقطع حقه عن المقضي به من كل وجه (ألا ترى) انه لو قضي الطالب دينا على دعواه لم يسترده مالم يتبين انه لادين له عليه فكذلك اذا قضاه الوكيل بدعواه الوكالة وان أقر بالوكالة ثم أراد أن لا يدفع المال اليه فان القاضي يقضي عليه بالمال للوكيل على ما بينا ان المديون يقضي الدين بملك نفسه وهو انما أقر بثبوت حق القبض له في ملكه وذلك جحد عليه إلا على قول ابن أبي ليلي رحمه الله فانه يقول لا يجبره القاضي على الدفع اليه ولكن يقول له أنت أعلم ان شئت فاعطه وان شئت فاتركه لانه لم يثبت كونه نائبا عن الطالب في حق القاضي وولاية الاجبار بعد ثبوت كونه نائبا عنده ولكنا نقول قد ثبت ذلك بخبر الوكيل وتصديق المطلوب اذ ليس هنا مكذب لهما وكل خبر عند القاضي محمول على الصدق مالم يأت له معارض ولكن اذا حضر الطالب وانكر الوكالة رجع على الغريم بماله لان الوكالة لا تثبت في حق الطالب لانكاره ولم يحكم ببراءة الغريم في حق الطالب أيضا لان حجة الاجبار قاصرة على المطلوب والوكيل وثبوت الحكم بحسب الحجة قال وان أنكر المطلوب الوكالة فقال الوكيل استحلفه انه ما وكلني ليستحلفه على ذلك فان حلف برئ وان نكل عن اليمين قضيت عليه بالمال للوكيل لان نكوله كاقراره ولم يصدق على الطالب حتى اذا أنكر الطالب ونكل عن اليمين وحلف ذلك كان له ان يأخذ ماله من الغريم وذكر الخصاف رحمه الله هذا الفصل في كتابه وقال لا يحلف المطلوب على الوكالة في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما يحلف على العلم وجه قولهما ظاهر وذلك لانه ادعى عليه ما لو أقر به لزمه فاذا أنكر حلفه ولكنه استحلاف على فعل الغير فيكون على العلم وأبو حنيفة رحمه الله يقول الاستحلاف يبنى على صحة الدعوى ومالم يثبت كونه نائبا عن الآمر لا تصح دعواه على المطلوب فلا يكون له ان يحلفه وهذا نظير الاختلاف فيما اذا ادعى المشتري عيب الاباق في العبد للحال وجحده البائع ان عندهما يحلف البائع على العلم وعند أبي حنيفة رحمه الله لان الخصومة في العيب لا تكون إلا بعد ثبوته في الحال وبدون سبب الخصومة لا يستحلف وان أقر المطلوب بالوكالة وأنكر الدين فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يستحلف المطلوب وعندهما لا يستحلف لان الوكيل بقبض الدين عنده يملك الخصومة وقد تثبت الوكالة في حقه باقراره قال واذا دفع لرجل الف درهم وقال ادفعها الي فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبسها عنده كان القياس ان

يدفع الألف التي احتبست عنده الى الموكل ويكون متطوعا فيما أمره لان أمره بالدفع كان مقيدا بالمال المدفوع ففي دفع مال الآمر هو كاجنبي آخر فيكون متبرعا في القضاء بمال نفسه لدين الغير ويرد على المطلوب ماله لانه ملكه دفعه اليه لمقصوده وقد استغنى عنه وجه الاستحسان أن مقصود الآمر أن يحصل البراءة لنفسه ولا فرق في هذا المقصود بين الالف المدفوعة الى الوكيل وبين مثلها من مال الوكيل والتقييد اذا لم يكن مقيدا لايعتبر ثم الوكيل قد يبتلى بهذا بأن يجد الطالب في موضع وليس معه مال المطلوب فيحتاج الى أن يدفع مثله من مال نفسه ليرجع به في المدفوع اليه وقد بينا أن هذا توكيل بالمبادلة من وجه وهذا القدر يصح من الوكيل بالمبادلة ولا يكون هو متبرعا فيما يدفع على ما سبق بيانه. قال واذا دفع رجل الى رجلين الف درهم يدفعانها الى رجل فدفعها أحدهما فهو ضامن للنصف في القياس لان كل واحد أمين في النصف مأمور بدفعه الى الطالب فاذا دفع أحدهما الكل كان متعديا في نصيب صاحبه فيكون ضامنا ولكنه استحسن فقال لاضمان عليه لان دفع المال الى الغير لايحتاج فيه الى الرأي فينفرد كل واحد من الوكيلين ولان صاحب الحق اذا ظفر به كان له أن يأخذه من غير دفع أحدهما والذي دفع كانه يمينه على حقه وصاحب الحق هو القابض في الحقيقة وهو قبض في الحقيقة لحق فلا يوجب الضمان على أحد فان قال خذ أنت يافلان هذا الالف فاقضها فلانا أو أنت يافلان فادفعها الى فلان فايهما قضى جاز لانه رضى بدفع كل واحد منهما على الانفراد حين خيرهما ولو قال لرجل اقض عني هذه الالف درهم فلانا أو فلانا فايهما اقضى جاز لانه رضي بدفعه الى أيهما شاء والحاصل أن الوكالة حكمها اباحة التصرف للوكيل وفي المباحات حرف أو يتناول كل واحد من المذكورين على سبيل التخيير بينهما كقول الرجل لغيره كل هذا الطعام أو هذا والله أعلم بالصواب

باب الوكالة في الرهن

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى رجل متاعا فقال بعه أو ارهن به لي ففعل فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله سواء كان الرهن مثل الثمن أو أقل بما لا يتغابن الناس فيه لان الامر بالارتهان مطلق فيجرى على اطلاقه ما لم يقم دليل التقييد وعندهما لا يجوز الا أن يرتهن رهنا هو مثل الثمن أو أقل بما يتغابن الناس فيه بناء على أصلهما أن التقييد

يحصل بدلالة العرف ولو باعه ولم يرتهن به رهنا لم يجز البيع لان الآمر قيد التوكيل بما فيه منفعة له وهو الارتهان بالثمن ليكون حقه مضمونا وليندفع عنه ضرر الثواء عند موت المشترى مفلسا فاذا باعه ولم يرتهن به لم يحصل مقصوده الذى صرح به فلا ينفذ تصرفه فيه كما لو قال بعه واشترط الخيار ثلاثة أيام فان قيل قوله وارتهن أمر مبتدأ معطوف على الأول فلا يتقيد به الامر الاول كما لو قال بع واشهد قلنا لا كذلك فان هذه الواو بمعنى الحال أي بعه فى حال ما ترتهن بالثمن مع أنا نقول قوله وارتهن يقتضى الامر بما يستبد به وذلك برهن مشروط فى البيع ليصير ذلك حقا له فكأنه قال بعه بشرط أن ترتهن بالثمن رهنا وما قلنا فى قوله واشترط الخيار بخلاف الاشهاد فان ذلك لا يكون شرطا لازما فى البيع وان ذكر فلا يتقيد به الامر بالبيع ولو قال بعه برهن ثقة فارتهن رهنا أقل منه بما يتغابن الناس فيه جاز وان كان أقل منه بما لا يتغابن الناس فيه لم يجز لانه قيد الارتهان هنا بأن يكون ثقة وهو عبارة عما يكون فى ماليته وفاء بالدين فيتقيد به الا أن قدر ما يتغابن الناس فيه لا يمكن التحرز عنه فكان عفوا قال وان ارتهن رهنا ثقة وقبضه ثم رده على صاحبه جاز رده فى حق نفسه لانه بمنزلة العاقد لنفسه والارتهان لاستيفاء الثمن وحق القبض الى الوكيل حتى لو أبرأ المشترى منه كان صحيحا فاذا رده عليه الراهن بسبب كان صحيحا أيضا ولكنه يصير ضامنا له ولم يذكر خلاف أبي يوسف رحمه الله هنا قيل على قوله لا يصح رد الرهن بناء على الاصل الذى ذكرنا وقيل لا يصح هنا لانه ليس فيه ابطال شئ من الثمن وهو من صنع التجار فيملكه قال وان وضعه على يدى عدل فهو جائز لان كون الرهن على يدى عدل أوعلى يدى الوكيل سواء فى حق الموكل وهو اختصاصه الرهن عند تعذر استيفاء دينه من محل آخر ولم يقيد الامر بيد الوكيل فلا يتقيد به وليس للموكل قبض الرهن لان المشترى ما رضى بقبضه انما رضى بقبض العدل أو قبض الوكيل ورضاه معتبر فى ملكه وكذلك الجواب فى القرض برهن فى جميع ما ذكرنا قال واذا دفع الى رجل مائة درهم فقال له ائت بها فلانا وقل له ان فلانا أقرضك هذه على أن تعطيه بها رهنا وأمرنى أن أقبض الرهن منك فأتيه به ففعل وقبض الرهن فهو جائز والرهن مقبوض وللآمر أن يقبضه من الوكيل لانه جعله رسولا حين أمره أن يضيف ما يقول له الى الآمر وقد بلغ الرسالة وليس على الرسول الا تبليغ الرسالة فأما شئ من الحقوق لا يتعلق بالرسول فكان للآمر أن يقبض الرهن من

الوكيل وان يطالب المستقرض بدينه الا أن الرهن يتم بقبض الرسول لانه نائب عن المرسل في قبضه لنائبه فتم الرهن بقبضه واذا هلك في يده هلك من مال الآمر وان قال اقرض أنت وخذ بها رهنا لم يكن للآمر أن يأخذ الرهن من الوكيل لانه بمباشرة العقد كان وكيلا لا رسولا فقد أضاف العقد الي نفسه فتتعلق حقوقه به وانما رضي المستقرض بكون الرهن في يده دون غيره فلهذا لا يكون للآمر ان يأخذه بخلاف ماسبق وان هلك في يد الوكيل هلك من مال نفس الآمر أيضا لانه عامل له فيما صنع فقبضه كقبض الآمر قال وان دفع اليه ثوبا يساوى عشرة دراهم ووكله ان يرهنه بعشرة ففعل وقبض العشرة فان كان قال للذي أعطاه المال ان فلانا أرسلني اليك بهذا الرهن لتقرضه عشرة دراهم وترتهن هذا الثوب منه بدراهم فالدراهم للآمر والوكيل فيها أمين لانه أخرج الكلام مخرج الرسالة حين أضافه الي الآمر فانعقد العقد للمرتهن مع الآمر حتى لا يكون للرسول ان يسترد هذا الثوب ولا يكون هذا مطالبا بالعشرة وان كان قال للمقرض أقرضني عشرة دراهم وارتهن هذا الثوب مني فالعشرة للوكيل لانه أضاف العقد الى نفسه فلم يكن رسولا ولا يمكن ان يجعل وكيلا لان التوكيل بالاستقراض لايجوز فان المستقرض يلتزم بدل القرض في ذمته ولو قال بع شيئا من مالك على ان يكون ثمنه لي لا يصلح فكذلك اذا قال التزم العشرة في ذمتك على أن يكون عوضه لى وكان التوكيل بالاستقراض قياس التوكيل فكان باطلا والعشرة للوكيل وله أن يمنعها من الآمر وان هلكت من ماله وليس هذا الخلاف منه للآمر وان كان قال استقرض لى مابينا ان التوكيل لما لم يصلح فاستقراضه لنفسه ولغيره في الحكم سواء وهذا تقييد غير مفيد فلا يكون معتبرا قال وان كان قال له صاحب الثوب قل لفلان يقرضني واعطه هذا الثوب برسالتى رهنا عنى فأضاف الوكيل العقد الى نفسه كان مخالفا ضامنا للثوب ولا يجوز رهنه لان صاحب الثوب جعله رسولا وكيلا هنا فيكون ذلك اذنا منه له في اضافة العقد الي نفسه قال ولو دفع اليه عبدا فقال له إئت فلانا وقل له ان فلانا يستقرضك الف درهم ويرهنك هذا العبد ففعل ذلك وأخذ الألف واعطاها الآمر ثم جاءه بالمال فأمر الراهن فقضاه لم يكن له ان يقبض العبد الا أن يوكله رب العبد بقبضه لانه فيما صنع كان رسولا وقد انتهت الرسالة بالتبليغ فيكون هو في استرداد العبد كأجنبي آخر فلا يملكه إلا بأمر جديد وارساله بالمال على يده لايتضمن الأمر له بقبض العبد فان قبض العبد فعطب

عنده فهو ضامن كما لو قبضه أجنبي آخر قال فان كان المرتهن هو الذى دفعه اليه فللمالك الخيار يضمن أيهما شاء قيمته بالغة ما بلغت لان كل واحد منهما غاصب فى حقه وان أخذه بغير أمره فالمرتهن لا يصير ضامنا بهذا شيئا ولكن صاحبه بالخيار ان شاء ضمن القيمة القابض وان شاء رجع على المرتهن بما قضاه وجعل الرهن تأديا فيسقط الدين به ويسترد منه ما قضاه وهذا بمنزلة مالو غصب المرهون من المرتهن غاصب فللراهن الخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته وان شاء جعله تاديا فلا يرجع المرتهن عليه بشيء اذا كان فى قيمته وفاء بالدين وان قضاه دينه استرده منه فهذا مثله قال ولو وكله ان يرتهن ثوبا له بدراهم قرضا فذهب الوكيل فقال ان فلانا يقول لك اقبض هذا الثوب رهنا واعطه كذا وكذا درهما فزاد على ما سمى له أو نقص ففعل ذلك المقرض لم يكن الثوب رهنا فى الوجهين لان الوكيل خالف أمره على وجه هو أضر على الموكل لانه ان نقص عما سمى له فمقصود الموكل لم يحصل ولم يرض هو أن يكون ثوبه مضمونا بأقل مما سمى له وان زاد على ما سمى له فالموكل لم يرض بأن يكون ثوبه محبوسا عنده بأكثر مما سمى فعرفنا انه مخالف في الوجهين قال فان جاء الوكيل الى الموكل بدراهم مثل ماسمى له فاعطاها اياه فهو دين له عليه لانه لما خالف صار مستقرضا لنفسه وان أضاف العقد الى غيره ثم اعطاه الموكل على سبيل القرض فيكون ذلك دينا للوكيل على الموكل ولا يكون الثوب رهنا بها وانما يصير رهنا عند الوكيل والموكل لم يرض بذلك والوكيل فى أصل العقد كان مخالفا فلهذا لم يكن الثوب رهنا وللمرتهن ان يرجع على الوكيل بما قبض منه والوكيل ضامن له لما بينا أنه صار كالمستقرض لنفسه أو كالقابض لما له بغير حق فان كان المرتهن صدقه في الرسالة فالوكيل مؤتمن ان هلكت الدراهم فى يده لم يضمن للمرتهن شيئا لانهما تصادقا على انه غير مخالف بل هو مؤد للرسالة على وجهها أمين فى المقبوض وان قال دفعتها الى رب الثوب فالقول قوله في براءة نفسه عن الضمان ولا يصدق فى ايجاب الضمان على رب الثوب لانهما لا يصدقان فى حق رب الثوب بزعم أن الرسول خالف ما أمره به وان لم يدفع اليه شيئا فلهذا لا ضمان عليه وان قال الوكيل انما أمرتني ان أرهنه بخمسة عشر وقال رب الثوب أمرتك بعشرة أو بعشرين ففي الوجهين القول قول رب الثوب لانه لو أنكر الارسال كان القول قوله فكذلك اذا أقر به مقيدا بصفة فالقول قوله مع يمينه فاذا حلف كان هذا والفصل الأول سواء قال واذا وكله أن يرهن له ثوبا بشيء ولم يسم مايرهنه فما

رهنه به من شئ فهو جائز لان التوكيل مطلق فيجرى على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد فيه ودليله عندهما فى غير هذا الموضع العرف ولا عرف هنا فالرهن قد يكون بالقليل والكثير عادة قال وليس للوكيل بالرهن ان يوكل غيره به لان هذا عقد يحتاج فيه الى الرأى والموكل رضى برأيه دون غيره وليس للوكيل المرتهن بيعه لان ذلك ليس من موجبات عقد الرهن (ألا ترى) أنه لا يملكه بمطلق عقد الرهن والتوكيل بالرهن لا يعدو ما هو من موجبات العقد فنيما وراء موجب العقد الوكيل كاجنبي آخر قال ولو وضعه على يدى عدل جاز لان يد العدل كيد المرتهن فى اتمام الراهن به والتوكيل بالعقد يتضمن التوكيل بما هو من اتمامه وربما يكون كونه فى يد العدل انفع للراهن من كونه فى يد المرتهن فلهذا يملكه بمطلق التوكيل فان كان قال له الموكل ماصنعت من شئ فهو جائز فان للوكيل أن يوكل غيره بأن يرهنه وان يرهنه بنفسه وان يسلط المرتهن على بيعه عند حلول المال لانه أجاز بيعه على العموم وهذا مما يقصد بعقد الرهن لاتمام المقصود فان المقصود استيفاء الدين منه واذا تعذر استيفاؤه من محل جاز استيفاؤه من محل آخر وذلك يكون بالبيع عند قيام العين قال وان وكل الوكيل وكيلا فرهنه فليس للثانى أن يسلط المرتهن على البيع لان الثانى وكيل بالرهن مطلقا وتوكيل الاول اياه بذلك عند تفويض الامر اليه على العموم بمنزلة توكيل المالك اياه بذلك قال الا أن يفوض رب الثوب ذلك اليه ومراده ان تفويض الوكيل الاول الامر الى الثانى عاملا لا يطلق له لان هذا يسوى غيره بنفسه فى حق الغير وذلك لا يجوز فيحتاج الى تفويض الموكل ذلك اليه قال واذا وكل الرجل رجلا أن يتعين له دراهم فى شراء شئ معلوم وأعطاه رهنا يرهنه وقال له ما صنعت من شئ فهو جائز فتعين لرجل ورهن لرجل فان العينة للموكل وبيع العينة ما ورد الاثر بالذم فيه اذا اتبعتم اذناب البقر وتعدتم عن الجهاد ذللتم حتى يطمع فيكم وتفسير ماذكر فى الجامع الصغير ان الرجل اذا استقرض من آخر شيأ فابى أن يقرضه الا بربح وعلم أن ذلك ربا فيبيع المقرض من المستقرض شيأ يساوي عشرة بخمسة عشر فيبيعه المقترض بعشرة فسلم له مقصوده وهو عشرة ويكون للمقرض عليه خمسة عشر فانما أراد بما ذكر فى الكتاب التوكيل بهذا النوع من الشراء والرهن وفعل الوكيل كفعل الموكل بنفسه فلهذا العينة للموكل فان كان قال للوكيل ماصنعت من شيء فهو جائز كان له أن يبيع ما اشترى ليحصل الدراهم التى هى مقصود الموكل لانه أجاز صنعه على العموم والبيع من صنعه

وان لم يكن قال ذلك فليس له أن يبيع ما اشـترى لانه وكيل بالشراء فلا يملك بعد الشراء البيع بمطلق التوكيل وهو نظير المستصنع ذلك وان حل الثمن فالمأخوذ به هو الوكيل لانه مباشر لعقد الشراء قابض للمشترى فيكون مطالبا بثمنه فاذا قضي الثمن من مال نفسـه كان له أن يقبض الرهن ويكون أمينا فيـه ان هلك قبل رده على الآمر ويرجع بما قضى به على الآمر لان شراءه أوجب الثمن للبائع على الوكيل وللوكيل على الآمر وقد قضى ماوجب للبائع عليه فيرجع على الآمر بما استوجبه عليه ولو قال ائت فلانا وقل له ان فلانا يقول لك بعـنى خادمك فلانا الى سـنة بألف درهم فأبلغه الوكيل ذلك فقال قد فعلت فرجع الوكيل الى الآمر فأبلغه ذلك فقال قد قبلت فرجع الوكيل الى البائع فاخبره بذلك فقال قد أجزت فقد وقع البيع بينهما لان عبارة الرسـول كعبارة المرسل وا كثر مشايخنا رحمهم الله على أن قوله فرجع الوكيل الى البائع فاخبره فقال قد أجزت فصل غير محتاج اليه بل يتم البيع بقول البائع بعـد تبليغ الرسالة فعلت وقول المرسـل قبلت لان انعقاد البيع بلفظين هما عبارة عن الماضي وقد وجد ذلك كما لو كانا حاضرين فلا حاجة الى اجازته بعد ذلك قال رضى الله عنه والصحيح عندى أن الصواب ماذكره محمد رحمه الله لان البائع وان قال قد فعلت مالم يجعل هذا المبلغ رسولا يقبضه والمرسـل الاول ليبلغه فاذا بلغه فقال قد قبلت يوقف هذا التبليغ على اجازة البائع وما لم يتم ذلك التبليغ باجازته لم يتم البيع بقول المشـترى قبلت فلهذا ذكر هذه الزيادة قال فان قبض الآمر الخادم فالمال عليه الى سـنة ولا شئ على الوكيل من ذلك وليس للوكيل أن يقبض الخادم لانه كان رسولا فبتبليغ الرسالة يخرج من الوسط فصار كان المرسل عبر بنفسه أو كتب قال واذا وكل رجلين ان يرهنا لهشيأ بكذا فرهنه أحدهما بذلك لم يجز لانه عقد يحتاج فيه الى الرأى فى تعيين من يرهن عنده والوضع على يدى مرتهن أو على يدى عدل وقد رضى الآمر برأيهما فلا ينفرد به أحـدهما وان رهناه جميعا وشرط له أحدهما بيع الرهن جاز الرهن لاجتماع رأيهما فيه ولم يجز ماينفرد به أحدهما وهو التسليط على البيع حتى اذا باعه المرتهن لا يجوز قال وان كان الموكل قد أمرهما بذلك فان كانا قالا ان فلانا يستقرضك كذا فأقرضـه وقال أحـدهما انه قد أمرنا أن يجعلك مسلطا على بيعه اذا بدالك وسكت الآخر فللمقرض أن يبيعه لانهما كانا رسولين والرسول معبر عن المرسل وينفرد كل واحد منهما بتبليغ الرسالة فلهذا صح ما بلغه أحدهما من التسليط على البيع وان

كانا استقرضا له المال وقال أحدهما هذه المقالة لم يجز للمرتهن ان يبيعه لما بينا أنهما يكونان مستقرضين لانفسهما فان التوكيل بالاستقراض لا يجوز واذا عملا لانفسهما لم يصح تسليط أحدهما المرتهن على البيع من جهة نفسه لان صاحبه لم يساعده على ذلك وعندهما مباشرتهما العقد لا ينفرد أحدهما بالتسليط على البيع ولا يصح ذلك من جهة الآمر لان الرهن لم يثبت من جهة الآمر وهو ما رضى بالتسليط على البيع اذا لم يكن الرهن من جهته قال فان وكله أن يرهن له ثوبا بدراهم مسماة فرهنه عند نفسه ودفع الدراهم الى الآمر ولم يبين له الآمر لم يكن الثوب رهنا لانه أمره بأن يرهنه لا بأن يرتهنه واذا رهنه عند نفسه كان مرتهنا لا راهنا وهو أمين فى هذا الثوب والقبض بحكم الرهن قبض ضمان فلا يصلح ان يجعل يده التي هى أمانة يد ضمان بحكم العقد ولكنه يبقى أمينا فى الثوب وان هلك لم يضمنه لانه لم يصنع فى الثوب شيئا هو مخالف لما أمره به بل هو حافظ للثوب وبذلك أمر والدراهم قرض له على الآمر وكذلك ان رهنه عند ابن له صغير لانه هو القابض لهذا الرهن فهو وما لو رهنه عند نفسه سواء وكذلك ان رهنه عند عبده ولا دين عليه لان كسب العبد مملوك للمولى فهذا وما لو رهنه عند نفسه سواء قال ولو كان رهنه عند ابنه وهو كبير أو عند مكاتبه أو عند عبد له تاجر وعليه دين كان جائزا لانه لا ضرر فيه على رب الثوب معناه ان حكم الرهن واحد وهو انه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين سواء رهنه من أجنبي أو من هؤلاء ولا تتمكن تهمة الاضرار بالآمر في تصرفه مع هؤلاء فلهذا صح فان كان الوكيل فى ذلك عبدا تاجرا أو غير تاجر أو مكاتبا أو صبيا فان كان قال ان فلانا يقول لك أقرضنى كذا وامسك هذا رهنا فهو جائز لانه أخرج الكلام مخرج الرسالة وهو أهل للعبادة فيكون صالحا لتبليغ الرسالة وان كان قال أقرضنى وامسك هذا رهنا لم يجز فى حق الصبي والعبد المحجور لانهما يكونان مستقرضين لانفسهما والاقراض من الصبي والعبد المحجور لا يصح لانه التزم الضمان بالعقد وليس من أهله وجاز فى حق غيرهما لان المكاتب والعبد التاجر يملكان الاستقراض وان كانا لا يملكان الاقراض قال ولو كان تاجرا وعليه دين فرهنه فان قال له اقرض فلانا فهو جائز لان العبد يصلح ان يكون معبرا بين مولاه وبين الآمر وقد أخرج الكلام مخرج الرسالة وان قال أقرضنى وامسك هذا رهنا لم يكن رهنا لان المولى لا يستوجب على عبده شيئا اذا لم يكن العبد مديونا فاذا لم يجب الدين لم يثبت حكم الرهن فى الثوب قال واذا

وكل الذمي المسلم ان يرهن له عبدا ذميا بخمر أو يرهن له خمرا بدراهم فان أضافه الوكيل الى الآمر وأخبر به على وجه الرسالة صح لان صحة تبليغ الرسالة ينبنى على صحة العبادة ولا يصير الرسول عاقدا وكان هذا وما لو بلغه كتابا كتب به الآمر سواء وان قال أقرضنى لم يكن رهنا لانه عاقد لنفسه والمسلم لا يعقد على الآمر بالخمر استقراضا ولا رهنا بها بالدين لان الرهن يكون مضمونا للراهن على المرتهن ولا يجوز ان تكون الخمر مضمونة للمسلم على الذمى واذا قال لرجل ائت فلانا وقل له اقرضنى الف درهم وامسك هذا العبد عندك رهنا بها فلما خرج من عنده أشهد أنه قد أخرجه من الوكالة فلم يبلغ ذلك الوكيل حتى رهن العبد فان الرهن جائز لما بينا ان حكم الخطاب لا يثبت فى حق المخاطب حتى يبلغه وهو خاطبه بالعزل والنهى عن تبليغ الرسالة فلما لم يبلغه لم يثبت ذلك فى حقه فلهذا جاز رهنه وان أرسل اليه بذلك رسولا أو كتب اليه كتابا فرهنه بذلك لم يجز يعنى اذا وصل اليه لان حكمه يثبت فى حقه بالوصول اليه فان لم يصدقهما المرتهن بذلك فالقول قوله لانه متمسك بما هو الأصل وهو ثبوت الوكالة حتى يظهر العزل الا أن يقيم البينة على أن الرسول قد أبلغه اخراجه من الوكالة قبل ان يرهنه فحينئذ يجعل الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة قال وان كان رب العبد باعه أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو رهنه أوسلمه ولم يعلم به الوكيل حتى رهنه فالرهن باطل لانه بما أحدث من التصرف خرج المحل من أن يكون محلا للرهن أو أخرج نفسه من أن يكون مالكا فيه التصرف الذى فوضه الى الوكيل فيتضمن عزل الوكيل حكما والعزل الحكمى لا يتوقف على العلم بل ثبوته لضرورة ثبوت ذلك الحكم قال وان كان الموكل رهنه ثم افتكه ولم يعلم به الوكيل حتى رهنه لم يجز رهنه لان مقصود الموكل قدتم بما باشره بنفسه وبالانفكاك لا ينفسخ رهنه من الأصل بل يتقرر حكمه لان الرهن انما يعقد الى وقت الفكاك فكان الفكاك تقديرا لا فسخا فلهذا لا يملك أن يرهنه بعد ذلك بخلاف ما اذا وكل ببيعه ثم باعه بنفسه ثم انفسخ بيعه من الاصل بسبب فالوكيل على وكالته لان مقصود الآمر لم يتم بما صنع ولان بانفساخه من الاصل صار ذلك العقد كان لم يكن وكذلك اذا وكل الآمر آخر برهنه فرهنه فقد خرج الاول من الوكالة لان فعل وكيله له كفعله بنفسه وان كان الاول رهنه ثم وكل المولى برهنه رجلا ثم افتكه المولى ثم رهنه الثانى فهو جائز لان التوكيل لما حصل فى حال لا يملك مباشرة الرهن بنفسه عرفنا ان مقصوده اضافة التوكيل الى حال

الفكاك من الرهن الأول بخلاف الفصل الأول فان هناك حضر الوكيل في وقت هو متمكن
من أن يرهنه فاذا زال تمكنه من ذلك تضمن عزل الوكيل وهو بمنزلة من وكل وكيلا ان
يزوجه امرأة وتحته أربع نسوة صارت هذه الوكالة مضافة الى ما بعد مفارقة احداهن اذا
فارق احداهن ثم زوجها الوكيل صح ومثله لو تزوج بنفسه بعد التوكيل أربع نسوة انعزل
الوكيل والذي يوضح الفرق ما بينا انه اذا كان التوكيل بعد ما رهنه فقد علمنا ان مقصود
الآمر عما صنعه بعد التوكيل عزل الوكيل به قال واذا رهن الوكيل عبدا للموكل ثم انه
ناقض المرتهن أو أجره اياه أو باعه فالاجارة والبيع باطل لانه أنشأ تصرفا سوى المأمور به
أما مناقضة الرهن فان كان قال ان فلانا يستقرضك وقد رهنك هذا فمناقضته باطلة لانه بتبليغ
الرسالة خرج من الوسط وليس هو من العقد في شيء فمناقضته كمناقضة أجنبي آخر
فيكون باطلا ويكون ضامنا للعبد ان قبضه على هذا وان كان المستقرض هو أو الراهن
فالمناقضة جائزة لانه هو المباشر للعقد والحاجة في المناقضة الى رضا المرتهن وقد رضي به
(ألا ترى) انه لو أراد رد الرهن لم يكن للراهن ان يأبى ذلك فاذا صحت مناقضته كان هو
مؤتمنا في العقد لانه قبضه بحق وعادت يده فيه كما كانت وليس له أن يرهنه ثانية لان
المأمور بالشيء لا يملك أن يكرره فان الأمر المطلق لا يقتضي التكرار ومناقضة الرهن مقصورة
على الحال فلا يتبين أن الرهن الأول لم يكن حكما قال وان وكله ان يرهنه فرهنه ثم كتب
عليه الشراء فأقر الوكيل والمشترى انه رهنه وانه انما كتب الشراء سمعة ففي القياس هذا
لا يكون رهنا وهو ضامن لانه خالف أمره فيما أظهر وجعل ملكه في العين بعرض الهلاك
بما كتب به من حجة الشراء أو لانه مأمور بتصرف باطنه كظاهره وقد أبى بتصرف باطنه
بخلاف ظاهره فصار ضامنا ولكنه استحسن فقال هذا ظاهرا فيما بين الناس انهم يعقدون
الرهن بهذه الصفة وقد أمره بالرهن مطلقا فيملك به ما هو متعارف بين الناس والضرر
الموهوم الذي قلنا في وجه القياس قد اندفع بالاشهاد على اقرار المشترى انه رهن وليس
بشراء قال وان وكله بأن يرهن عبدا له بألف درهم فقال رهنته عند فلان وقبضت منه المال
وهلك ودفعت اليه العبد وانما قلت له أقرض فلانا فانه أرسلني اليك بذلك وبذلك أمره
الموكل وصدقه المرتهن وقال الموكل لم يقبض هذا القرض ولم يرهن العبد فالقول قول الموكل
مع يمينه لان المال بهذه الطريق يجب للمقرض على الآمر لا على الوكيل كما لو عاينا هذا

التصرف فانما حصل اقرار الوكيل بوجوب المال للمقرض على الآمر واقراره ليس بحجة عليه في الزام المال في ذمته لانه انما سلطه على مال عين يقبضه له ولم يحصل ذلك بخبره فلهذا كان القول قوله لانكاره مع يمينه قالوا ولو كان الوكيل الذى استقرض المال هو الذي أقرض العبد وبذلك أمره رب العبد كان المال دينا عليه دون الموكل لما بينا أن التوكيل بالاستقراض باطل وكان العبد رهنا بالمال لان صاحب العبد قد رضى بأن يرهنه بما يستقرضه فصار في معنى المعير للعبد منه ليرهنه بدينه واعارة العبد من غيره ليرهنه بدينه صحيحة قال واذا أذن الوكيل للمرتهن في ركوب الرهن واستخدامه ففعل فهو ضامن له لان الوكيل لا يملك ذلك بالتوكيل بالرهن فاذنه فيه واذن أجنبي آخر سواء ويكون المرتهن مستعملا ملك غيره بغير اذن صحيح فلهذا كان ضامنا قال وطعام الرهن وعلفه على الموكل وان كان الوكيل استقرض المال لنفسه لان النفقة على المالك وهو الموكل ولان المنفعة له فانه لو هلك في يد المرتهن حتى صار قاضيا لدينه رجع عليه الموكل بمثله فلهذا كانت النفقة عليه بخلاف المستعار للانتفاع فان المنفعة هناك للمستعير دون المعير فيقال اما ان تنفق لينتفع به واما ان ترده على صاحبه لينفق على ملكه وكذلك المكان وأجر رعى الغنم على الموكل لما بينا انه هو المالك المنتفع به بخلاف أجر الحافظ فان الحفظ على المرتهن فكان أجر الحافظ عليه والمكان الذي يحفظ فيه عليه أيضا فاما الرعى فليس على المرتهن فلا يكون أجر الراعي عليه أيضا فيكون ذلك على المالك والله أعلم بالصواب

باب الوكالة في قبض الوديعة والعارية

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا بقبض أمانة له في يدى رجل فقال ذو اليد قد دفعتها الى الموكل فالقول قوله مع يمينه لان مطالبة الوكيل اياه بالرد كمطالبة الموكل ودعوي الامين الرد على الموكل أو على الوكيل مقبولة لانه سلط على ذلك ولانه مجبر باداء الامانة الا أنه يقبل قوله في ابرائه عن الضمان الا في ايجاب الضمان عن الغير حتى اذا ادعى الرد على الوكيل وحلف لم يضمن شيأ وكذلك لا يضمن اذا جحد وحلف وان وكل رجلين بقبض عبد له وديعة فقبضه أحدهما بغير أمر الآخر لم يجز وهو ضامن لانه رضى برأيهما وأمانتهما فلا يكون راضيا بأمانة أحدهما ولو قبضه ثم أودعه أحدهما من

الآخر جاز لانهماامتثلا أمره فى القبض ثم لا يقدران على الاجتماع على حفظه آناء الليل والنهار وهو لا يحتمل التبعيض ليحفظ كل واحد منهما نصفه ولما استحفظهما على علمه بذلك فقد صار راضيا بترك أحدهما عند صاحبه ولكن انما يعتبر هذا فيما يطول وهو استدامة الحفظ فأما فى ابتداء القبض فيتحقق اجتماعهما عليه من غير ضرر فلهذا لا ينفرد به احدهما وكما يجوز لاحدهما أن يودعه من الآخر يجوز لهما أن يودعاه عيال أحدهما لان يدعيال المودع في الحفظ كيد المودع كما اذا كان المودع واحدا وهذا لان المرء انما يحفظ المال بيد عياله عادة وان وكل بقبضه رجلا أجنبيا فالذي كان عنده الوديعة ضامن الا أن يصل الي الوكيلين لان الحفظ يتفاوت فيه الناس لتفاوتهم فى أداء الامانة فلا يملك الوكيل توكيل الاجنبي وصار تسليم المودع الى الاجنبي بعد هذا التوكيل كتسليمه قبله فكان المودع ضامنا الى أن يصل الى الوكيلين فحينئذ وصوله الى يدهما كوصوله الى يد الوكيل فى براءة الدافع له عن الضمان ولو وكل رجلا بقبض وديعته فقبض بعضها جاز لان الوديعة قد تكون بحيث لا يمكن حمل كلها جملة واحدة فيحتاج الى أن يحملها شيأ فشيأ ولا ضرر على الموكل في قبض الوكيل بعضها الا أن يكون أمره أن لا يقبضها الا جميعا فحينئذ لا يجوز له أن يقبض بعضها أو يصير ضامنا له لان الموكل قيد أمره ونهاه عن القبض الا بصفة فكل قبض لايكون بتلك الصفة فهو قبض بغير اذن المالك فكان موجبا للضمان وان قبض مابقى قبل أن يهلك الاول جاز القبض عن الموكل لانه قد اجتمع الكل عند الوكيل واندفع ضرر التفريق عن الموكل فكأنه قبض الكل دفعة واحدة ولو وكله بعبدله يدفعه الى فلان وديعة فاتاه فقال ان فلانا استودعك هذا فقبله ثم رده على الوكيل فهلك فلرب العبد أن يضمن أيهما شاء لان الوكيل حين أضاف الايداع الى الآمر فقد جعل نفسه رسولا وتبليغ الرسالة يخرج فكان هو فى الاسترداد كاجنبي آخر فيصير المودع بالدفع اليه غاصبا وهو بالقبض كذلك فله أن يضمن أيهما شاء ولو قال له الوكيل قد أمرك فلان أن تستخدمه أو تدفعه الى فلان ففعل فهلك العبد فالمستودع ضامن ان كان كذب الوكيل لانه باستعمال ملك الغير بغير اذن المالك أو بدفعه الى غيره يصير غاصبا ولا يضمن الوكيل شيأ لانه لم يوجد منه فعل متصل بالعين انما غره بخبره أو أخبره زورا وذلك غير موجب الضمان عليه كمن قال لغيره هذا الطريق آمن فسلكه فأخذ متاعه لم يضمن المخبر شيأ ولو وكله بقبض وديعة له عند فلان

أو عارية ثم مات الموكل فقد خرج الوكيل من الوكالة لانتقال الملك الى الوارث ولم يوجد من الوارث الرضا بقبضه وان قال الوكيل قد كنت قبضتها فى حياته وهلكت عندى أو دفعتها الى الميت فالقول قوله بخلاف الدين لان المودع لو ادعى هنا الرد على الوكيل كان القول قوله وان لم يصدقه الوكيل فاذا صدقه أولى وفي الدين لو ادعى المديون قضاء الدين وجحد الوكيل لم يقبل قوله فكذلك اذا صدقه الوكيل لان قول الوكيل ليس بحجة فى حق الوارث فتصديقه كتكذيبه فى الفصلين قال ولو وكل رجل عبد رجل بقبض وديعة له عند مولاه أو عبد غيره فباع المولى العبد أو أعتقه أو كاتب أمة فاستولدها فالوكيل على وكالته لان ما اعترض لا ينافى ابتداء التوكيل فلا ينافى بقاءه بطريق الأولى قال واذا وكل رجلا بقبض عبد له عند رجل فقتل العبد خطأ كان للمستودع ان يأخذ قيمة العبد من عاقلة القاتل لانه مأمور بالحفظ وحفظ الشئ بامساك عينه فى حال قيامه وبدله بعد هلاكه ولان يد المودع كانت ثابتة على العبد والقاتل جان على حقه بتفويت يده فكان له أن يأخذ القيمة من عاقلته وهو مذهبنا فاما عند الشافعى رحمه الله فليس للمودع أخذ القيمة لانه مودع فى العين فتتعذر ولايته على العين ولا تتعدى الى محل آخر فما دامت العين باقية بملك أحد يجوز له استردادها فاما بعد هلاك العين فلا يكون له ان يخاصم فى القيمة ثم فرق علماؤنا رحمهم الله بين المودع والوكيل قالوا ليس للوكيل بالقبض ان يقبض القيمة لانه نائب فى القبض وانما أنابه الموكل فى قبض العبد دون القيمة وقد يختار المرء بقبض شئ دون شئ لاداته فى الاعيان دون النقود فاما المودع فقد كانت له يد ثابتة على العين فأزالها القاتل بجنايته فله ان يسترد القيمة من عاقلته بحكم يده المعتبرة شرعا حتى لو كان الوكيل قبض العبد ثم قتل عنده كان له ان يأخذ القيمة أيضا لانه بعد القبض صار مودعا فيه ولو جنى على العبد قبل أن يقبضه الوكيل فأخذ المستودع الارش فللوكيل ان يقبض العبد ولا سبيل له على الارش لانه أمين من جهة المالك فى قبض العبد وذلك لا يتعدى الى قبض الارش اعتبارا للجزء بالكل وكذلك لو كان المستودع أجره باذن مولاه لم يكن للوكيل ان يقبض الأجر ولو كانت أمة فوطئت بالشبهة لم يكن للوكيل ان يقبض المهر لما بينا ان المالك انما أنابه مناب نفسه فى قبض العبد فلا يصير به نائبا فى قبض ما انقلب من العين دراهم قال ولو وكله بقبض أمة أو شاة فولدت كان للوكيل ان يقبض الولد مع الأم لان الولد جزء من عينها وقد ثبت له حق القبض فى جميع اجزائها بالوكالة فلا يسقط

عن هذا الجزء بالانفصال بخلاف ماإذا ولدت قبل الوكالة لان حق القبض يثبت له بالتوكيل وعنده ذلك الولد شخص وليس بجزء ثم تولد الولد من جنس الأصل ولا يبقى محفوظا الامع الأم ومقصود الموكل من هذا التوكيل صيانة ماله فلهذا يتعدى أمره الى مايلد بعد ذلك ولا يتعدى الى الارش والعقد لانه ليس من جنس الاصل ويبقى محفوظا منفصلا من الأصل فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يقبض المنفصل قبل الوكالة قلنا نعم ولكن هناك لو كان مقصوده قبض الولد مع الأصل أمكنه ان ينص في التوكيل عليها لكون الولد موجودا عند التوكيل فاما ما ينفصل بعد ذلك فما كان الموكل يعلم به لينص في التوكيل على قبضه فلهذا يتعدى حكم الآمر اليه وثمرة البستان بمنزلة الولد لانه متولد من الأصل ولو كان المستودع باع الثمرة في رؤس النخيل بأمر رب الأرض لم يكن له أن يقبض الثمن لان ائتمانه اياه في قبض البستان لا يكون ائتمانا في قبض الدراهم بخلاف الثمار فان ائتمانه اياه في قبض البستان يكون ائتمانا في قبض الثمار التي تتولد من الاشجار عادة (ألا ترى) أن ما يحدث بعد قبضه من الثمار يكون أمانة عنده باعتبار رضا المالك به وكما لا يقبض ثمن الثمار لا يقبض ثمن ولد الجارية ولا قيمته اذا أتلفه متلف قال واذا كانت الوديعة مما يكال أو يوزن فوكله بقبضه فاستهلكها رجل وقبض المستودع مثلها من المستهلك ففي القياس ليس للوكيل ان يقبض المثل لان المثل في ذوات الامثال كالقيمة فيما لا مثل له وهذا لانه أذن له في قبض العين ولا يتعدى اذنه الى عين أخرى ومثل الشيء غيره ولكنه استحسن فقال له أن يقبض المثل لان رضاه بأمانته لا يختلف باختلاف العين وانما يختلف باختلاف الجنس فقد يؤدي الانسان الأمانة من الجنس والقيمة ليست من جنس العين فائتمانه اياه في العين لا يتعدى الى ما ليس من جنسه فأما المثل من جنس المتلف فائتمانه اياه في تلك العين يقتضي الائتمان في المثل الذي هو من جنسه وهذا لان التعيين معتبر فيما يفيد دون ما لا يفيد (ألا ترى) أن تعيين النقود في العقود معتبر في تعيين جنس النقد ولا يعتبر في استحقاق تلك العين حتى كان للمشتري ان ينقد مثله ولم يكن له ان ينقده من جنس آخر فهذا مثله قال أرأيت لو أكلها المستودع أما للوكيل ان يأخذ منه مثلها والجواب فيما استشهد به وفيما استشهد له سواء قال واذا وكله بقبض وديعة له عند رجل ثم قبضها الموكل ثم استودعها اياه ثانية لم يكن وكيلا بقبضها علم بذلك أو لم يعلم لان بقبض الموكل تم مقصوده فانعزل الوكيل ولان ايداعه ثانيا عقد جديد والتوكيل باسترداد وديعة بحكم عقد لا يتعدى

الى استرداد وديعة بعقد آخر كما لا يتعدى من عين الى عين أخرى وكذلك لو قبضها الوكيل أولا ودفعها الى الموكل ثم استودعها الأول لم يكن للوكيل ان يقبضها منه لان الوكالة قد انتهت باسترداد الوكيل اياها فكان هو فى استردادها فى المرة الثانية كأجنبي آخر فلرب الوديعة أن يضمن أيهما شاء فان ضمن الوكيل لم يرجع على المستودع لانه فى قبضها ما كان عاملا للمستودع وان ضمن المستودع رجع على الوكيل لانه مكنها بالضمان وما رضى بقبض الوكيل له وحالها كحال غاصب الناصب مع الأول وهذا اذا لم يصدقه على انه وكيل في المرة الثانية وقد بينا وجوه هذه المسئلة فيما سبق ولو وكله بقبض الوديعة وقال اقبضها اليوم ففى القياس ليس له ان يقبضها غدا لان الوكالة تتوقت بالتوقيت فاذا وقتها باليوم انتهت الوكالة بمضي اليوم كما لو جعل أمر امرأته بيدها اليوم لم يكن لها أن تختار نفسها غدا ولكنه استحسن فقال ذكر اليوم ليس لتوقيت الوكالة بل للتعجيل في قبضه بمنزلة قوله اقبضها الساعة ولو قال ذلك كان له أن يقبضها بعد تلك الساعة فكذلك هنا * توضيحه انه لو قال اقبضها كان له ان يقبضها متى شاء فقوله اليوم سكوت عما بعده وذلك لا يكون عزلا عما كان ثابتا له بمطلق الأمر بخلاف قوله لامرأته أمرك اليوم بيدك لانه لو قال أمرك بيدك اليوم كان مقصورا على المجلس فقوله اليوم لمد حكم الأمر الى آخر اليوم فاذا مضى اليوم خرج الأمر من يدها لانه ليس فى الغد أمر ثابت لها ولو قال اقبضها بمحضر من فلان فقبضها وهو غير حاضر جاز لما قلنا انه لو قال اقبضها كان له أن يقبضها سواء كان فلان حاضرا أو لم يكن فقوله بمحضر من فلان سكوت فى غير هذه الحال فيبقى ما كان على ما كان (ألا ترى) انه لو قال اقبضها بشهود كان له ان يقبضها بغير شهود بخلاف ما لو قال لا تقبضها الا بمحضر من فلان فانه هناك نهاه عن القبض واستثنى قبضا بمحضر من فلان وكل قبض لا يكون بمحضر من فلان فهو مما يتناوله النهى لعمومه دون الاذن قال واذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة ماوكلتك وحلف على ذلك وضمن المستودع رجع بالمال على القابض ان كان عنده بعينه لانه ملكه باداء الضمان وان قال هلك مني أو دفعته الى الموكل فهو على التقسيم الذي قلنا ان صدقه المستودع بالوكالة لم يرجع عليه بشيء وان كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه كان له أن يضمنه لما قلنا ولو وكل رجلا بقبض دابة استعارها من رجل فقبضها الوكيل وركبها فهو ضامن لها لان المالك انما رضى بركوب المستعير دون الوكيل والركوب يتفاوت

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فيه الناس فرب راكب يروض الدابة ركوبه والآخر يتلف الدابة ركوبه فلهذا كان الوكيل ضامنا ولا يرجع به على الموكل لانه فى الركوب ما كان عاملا له ولا كان مأمورا به من جهته قالوا وهذا اذا كانت الدابة بحيث تنقاد للسوق من غير ركوب فان كانت لاتنقاد فلا ضمان على الوكيل لان صاحب الدابة لما دفعها الى الوكيل ليأتي بها المستعير مع علمه انها لاتنقاد الا بالركوب فقد صار راضيا بركوبه قال واذا وكل المكاتب وكيلا بقبض وديعة أو دين له على رجل ثم رد المكاتب فى الرق فقبضها الوكيل جاز وكذلك لو كان الموكل عبدا تاجرا فحجر عليه مولاه لانه فيما باشر الايداع بنفسه أو المعاملة حق القبض اليه بعد الحجر حتى لو قبضه بنفسه جاز فكذلك يبقى الوكيل على وكالته ولو أن رجلا وكل رجلا بقبض وديعة له وجعل له أجرا مسمى على أن يقبضها فيأتيه بها فهو جائز لانه استأجره لعمل غير مستحق عليه وهو حمل الوديعة اليه وذلك عمل معلوم في نفسه فيجوز الاستئجار عليه فان كان دينا يتقاضاه لم يجز الا أن يوقت له أياما لان عمل التقاضى ليس بمعلوم المقدار فى نفسه فلا يجوز الاستئجار عليه إلا ببيان المدة كالبيع والشراء ولو وكله بالخصومة وجعل له أجرا كان فاسدا الا أن يوقت اياما لانه استأجره لعمل غير معلوم في نفسه فلا يصح الا ببيان المدة وان وكل الوصي وكيلا بدفع وديعة أو دين أو بقبضهما كان جائزا لان الوصي فى التوكيل قائم مقام الموصي والله أعلم

باب الوكالة فى الهبة

(قال رحمه الله) ويجوز للواهب أن يوكل وكيلا بالتسليم لانه عمل تجزي فيه النيابة واذا وقع فيه الغلط يمكن تداركه فيقوم فعل الوكيل فيه مقام فعل الموكل وكذلك يجوز للموهوب له أن يوكل بالقبض والصدقة نظير الهبة فى ذلك فان التسليم والقبض فى ذلك بمنزلة الايجاب والقبول فى البيع والشراء والتوكيل به يصح واذا وكل الواهب بالتسليم والموهوب بالقبض وقاما جميعا فامتنع وكيل الواهب من التسليم فخاصمه وكيل الموهوب له وأقام البينة أن صاحب العين وكله بدفعها اليه قبلت البينة وأجبر الوكيل على دفعه لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فراده من هذا الاخبار انه لايمكنه أن يمنع العين لاأن يجبره على مباشرة فعل فان وكيل الموهوب له أن يقبضه بأمر الواهب اذا لم يمنعه أحد من ذلك فهو بهذه البينة يثبت عليه

انه ليس له حق المنع فاذا ثبت ذلك قبضه وكيل الموهوب له بنفسه واذا ادعي مدع في ذلك دعوى لم يكن واحد من هذين الوكيلين خصما في خصومته لان كل واحد منهما أمين في هذه العين والامين لا يكون خصما لمدعى الامانة مالم يحضر صاحبها وليس لوكيل الواهب أن يرجع في الهبة سواء كان وكيلا بالتسليم أو بعقد الهبة لانه سفير ومعبر فانه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل وتكون هذه الهبة تبرعا من جهة الموكل دون الوكيل فكما باشر عقد الهبة وسلمت انتهت الوكالة والتحق بأجنبي آخر فلا يملك الرجوع لان ثبوت حق الرجوع في الهبة لفوات ماهو المقصود وهو العوض وهذا هو المقصود للموكل دون الوكيل قال ولو أراد الواهب أن يرجع في الهبة وهي في يد وكيل الموهوب له لم يكن له أن يرجع ولم يكن الوكيل خصما له فيه لان يد الوكيل كيد الموكل والعوض مقصود من جانب الموكل دون الوكيل فالقبض ثابت محض فانتهت الوكالة بقبضه (ألا ترى) أنه لا يستغنى عن الاضافة الى الموكل فيقول سلم الى ماوهبت لفلان ولا يقول ماوهبته لي وكذلك الوكيل بقبول الهبة لا يستغنى عن اضافة العقد الي الموكل بأن يقول هب لفلان كذا حتى لو قال هب لي كان العقد للوكيل دون الموكل بخلاف الوكيل بالشراء اذا قال بع مني لان الانتقال الى الموكل هناك يوجب ضمان الثمن على الموكل للوكيل وليس في عقد الهبة ضمان الثمن فلهذا جعل ملتمسا العقد لنفسه اذا لم يضفه الى الآمر قال ولو وهب رجلان لرجل شيأ ثم وكلا رجلا بان يدفعه اليه جاز وكذلك لو وكلا رجلين أو وكل كل واحد منهما رجلا على حدة لان كل واحد من الوكيلين نائب عن موكله ويجوز نيابة الواحد عن الواحد وعن الاثنين فان دفعه أحدهما اليه أو قبضها من غير دفع جاز لانهما حين وكلا هذين بدفعها فقد سلطا الموهوب له على قبضها وقد بينا أنه ينفرد بالقبض عند وجود التسليط من الواهب تصريحا أو دلالة قال واذا وهب الذمي للذمي خمرا أو خنزيرا فوكل الموهوب له بقبضها مسلما أو وكل الواهب بدفعها الى الموهوب له مسلما فهو جائز لان الوكيل غير مملك ولا يتملك بل هو نائب في القبض أمين في المقبوض والمسلم يجوز أن يكون نائبا عن الذمي أمينا له في قبض الخمر والخنزير قال ولو وكل الموهوب له رجلين بقبض الهبة فقبضها أحدهما لم يجز لانه رضي بأمانتهما فلا يكون راضيا بأمانة أحدهما لان الموهوب له يملك القبض بنفسه من غير دفعها وكذلك عند دفع أحدهما وعلى هذا لو وكل الوكيل غيره بدفعها جاز ولو وكل وكيل الموهوب له

يقبضها لم يجز الا أن يكون الموكل قال له ما صنعت من شئ فهو جائز فحينئذ له ان يوكل غيره بذلك لانه اجاز صنعه على العموم والتوكيل من صنعه قال واذا وكل رجل رجلا ان يهب الثوب لفلان على عوض يقبضه منه ففعل ذلك غير ان العوض أقل من قيمة الهبة فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله بناء على أصله في اعتبار اطلاق اللفظ فان اسم العوض يتناول القليل والكثير ولا يجوز في قولهما الا أن يكون العوض مثل الموهوب أو دونه بما يتغابن الناس في مثله بناء على أصلهما في تقييد مطلق اللفظ باعتبار العادة قال واذا وكل الموهوب له وكيلا بأن يعوض ولم يسمه فدفع عوضه من عروض الموهوب له لم يجز لان ما أمره بدفعه مجهول جهالة مستدركة لا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الموكل فكان التوكيل باطلا بمنزلة قوله بع شيأ من مالي واستبدل شيأ الا ان يكون قال له عوض له من مالي ماشئت فحينئذ يكون له أن يعوض ما شاء لانه فوض الأمر الى رأيه على العموم وان قال له عوّض عني من مالك على اني ضامن له فعوضه عوضا جاز ورجع بمثله على الآمر ان كان له مثل وبقيمته ان لم يكن له مثل لانه باشتراط الضمان على نفسه يصير مستقرضا منه بعوض له من ملك نفسه والمستقرض مضمون بالمثل ان كان من ذوات الأمثال أو بالقيمة ان لم يكن من ذوات الأمثال وجهالة ما يعوضه هنا لا تمنع صحة الأمر لانه في أصل التعويض متصرف في ملك نفسه وتعيينه في ملك نفسه صحيح وانما يرجع عليه بحكم الضمان والجهالة لا تمنع صحة الضمان اذا كان المضمون له والمضمون عنه معلومين والعوض وان كان مجهولا الا أن ذلك لا يمنع صحة الاستقراض اذا كان عند الاقراض معينا معلوما فان هناك هو في أصل التعويض نائب فلا يملك التعيين الا على وجه ان يكون موافقا لمقصود الموكل وذلك لا يحصل مع جهالة الجنس قال ولو أمره ان يعوضه من ملك نفسه ولم يشترط الضمان على نفسه فعوضه لم يرجع على الآمر بشئ لان التعويض غير مستحق عليه فلا يكون هو مسقطا عنه بهذا التعويض ما هو لازم عليه بخلاف المأمور بقضاء الدين من ملك نفسه فان الدين مستحق على الامر هناك فاذا أمره ان يسقط عن ذمته ماهو مستحق عليه ثبت له حق الرجوع عليه بما يؤدى من ملك نفسه ولان المديون يملك ما في ذمته بقضاء الدين والمعوض عن الهبة لا يملك بالتعويض شيئا فلهذا فرقنا بين الفصلين قال وللواهب أن يوكل وكيلا في الرجوع بالهبة لانه يملك المطالبة به بنفسه ويحكم به الحاكم عند طلبه فكذلك عند طلب وكيله له قال ولو وكل رجلين بذلك لم

يكن لاحدهما أن ينفرد به دون صاحبه لانهما وكيلان بالقبض فان الرجوع فى الهبة لا يتم الا بأثبات اليد علي الموهوب وقد بينا أن الوكيلين بالقبض لا ينفرد أحدهما به دون صاحبه قال ولو وكل رجلا أن يقبض له دينا من فلان فيدفعه الى فلان هبة منه له فهو جائز لانه وكله بشيئين بقبض الدين ثم بعقد الهبة فى المقبوض ويجوز التوكيل بكل واحد منهما على الانفراد فكذلك يجوز التوكيل بهما وتوكيله بهبة دين يقبضه من مديونه كتوكيله بهبة عين يدفعها اليه فيصح كل واحد منهما لانه يضيفه الى ملك نفسه وكذلك لو أمر المديون أن يدفع اليه فدفعه فهو جائز لان أمره اياه بالدفع يكون تسليطا للآخر على القبض فان قال الغريم قد دفعت اليه فصدقه الموهوب له فهو جائز وان كذبه لم يصدق الغريم لان دعواه الدفع الى الموهوب بمنزلة دعواه الدفع الى الواهب فان صدقه ثبت الدفع وان كذبه لم يثبت لان الدين مضمون فى الذمة لا يستفيد البراءة عنه بمجرد قوله قال ولو وكل وكيلا بقبضه منه ودفعه الى الموهوب له فقال الغريم قد دفعه الى الوكيل وقال الوكيل قد دفعته الى الموهوب له فالغريم والوكيل بريئان فتصديق الوكيل لاختياره باداء الامانة ولكن لا يصدق الوكيل على الموهوب له لان قول الامين انما يقبل فى براءته عن الضمان لانه ادعى ثبوت وصول شئ الى غيره فلا يثبت بقوله وصول الهبة الي الموهوب له حتي لا يرجع الواهب عليه وكذلك الرجل يهب ماعلى مكاتبه لرجل ويأمر آخر بقبضه ودفعه الى الموهوب له فان دين الكتابة فى هذا بمنزلة غيره من الديون فى الحكم والله أعلم بالصواب

باب الوكالة فى العتق والكتابة

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا بعتق عبده على مال أو غير مال فله أن يعتقه فى ذلك المجلس أو بعده لان التوكيل مطلق وهذا بخلاف مالو قال لعبده أعتق نفسك لان ذلك تمليك وليس بتوكيل لان العبد فى العتق عامل لنفسه فلا يكون نائبا عن غيره وجوب التمليك يقتصر علي المجلس (ألا ترى) أن هناك لا يملك الرجوع عنه قبل أن يعتق العبد نفسه وهنا يملك اخراج الوكيل مثل الوكالة قبل أن يعتقه ثم ليس للوكيل أن يقبض المال هنا لان العتق تبرع وان كان بمال (ألا ترى) أن الاب والوصى لا يملكانه في عبد اليتيم وقد بينا أن الوكيل بالتبرع نائب محض وان المعتق هو المولي دون الوكيل (ألا ترى)

أن الولاء يثبت للمولى والشرع انما أثبت الولاء لمن أعتق ولانه انما يطالب بقبض البدل من تتوجه عليه المطالبة بتسليم المبدل والوكيل بالعتق لايكون مطالبا بشيء من جهة العبد ولا يكون اليه قبض البدل بل المولى هو الذى يقبض لان مباشرة نائبه كمباشرته بنفسه قال ولو وكله أن يعتقه فدبره لم يصح لانه تصرف سوى ماأمره به فان التدبير اضافة العتق الى ما بعد الموت أو تعليق العتق بالموت والمأمور بالتنجيز لا يملك التعليق ولا الاضافة وعلى هذا لو قال أنت حر غدا أو ان دخلت الدار أو أعتقه على مال لانه تعليق بشرط قبوله فيكون بمنزلة تعليقه بشرط آخر ولانه مأمور بالتبرع المحض وربما يكون له فيه مقصود يفوت ذلك باشتراط العوض وهو الجواز عن كفارته وكذلك لو كاتبه فان الكتابة عقد آخر سوى ماأمره به فلهذا لم يصح منه وكذلك لو وكل آخر باعتاقه لان مطلق التوكيل لا يثبت للوكيل ولاية توكيل الغير به فانه يساوي تأثيره بنفسه فى حق الغير وذلك لا يصح ولان التوكيل بالعتق ليس باعتاق وهو انما أنابه مناب نفسه في الاعتاق خاصة قال ولو وكله أن يعتقه غدا فأعتقه اليوم كان مخالفا لانه أضاف وكالته الى وقت في المستقبل فلا يصير وكيلا قبل مجيء ذلك الوقت قال ولو وكله أن يعتقه اليوم فأعتقه غدا جاز استحسانا وقد تقدم نظيره وقد بينا أن المقصود بذكر اليوم التعجيل وهو لا يفسد الوكالة بالوقت بمنزلة قوله أعتقه الساعة فانه يصير وكيلا بعتقه ما لم يعزله عنه قال ولو وكل صبيا أو عبدا أن يعتق عبده على مال أو غير مال أو كاتبه فهو جائز لانه من أهل العبادة ومباشرة هذا العقد انما تكون بالعبادة قال ولو وكله أن يعتقه ألبتة على مال أو غير مال ثم دبره المولى فالوكيل على وكالته وكذلك لو كانت أمة فاستولدها المولى لان التدبير والاستيلاد لا يمنعان صحة الاعتاق بجعل أو غير جعل فلم يخرج المحل بتصرف المولى من أن يكون محلا لما فوضه الى الوكيل قال ولو وكله أن يعتق أمته فولدت قبل أن يعتقها لم يكن له أن يعتق ولدها لانه أمره بعتق شخص واحد فلا يملك عتق شخصين ولان الوكالة بالعتق ليست بحق مستحق فى الام وانما يسرى على الولد ما كان مستحقا فى الام قبل الانفصال للولد عنها (ألا ترى) أن الوصية لا تسرى الى الولد المنفصل قبل لموت الموصى لهذا المعنى والكتابة والبيع على هذا فان التوكيل بهما ليس بحق مستحق في الام فلا يسرى الى الولد المنفصل قبل ثبوت الاستحقاق فى الام قال ولو وكله أن يعتق عبده أو مكاتبه أو يبيعه ثم باعه المولى فقد خرج الوكيل من الوكالة لان الموكل بعد

البيع لا يملك فيه مباشرة التصرف الذي وكل الوكيل به فاقداً مه على البيع يتضمن خروج الوكيل من الوكالة حكما فان رجع الى ملك المولى فان كان رجوعه بسبب هو فسخ للبيع من الأصل فقد عاد اليه قديم ملكه وكان الوكيل على وكالته لان رجوعه من الوكالة كان حكما لزوال ملكه فلا يظهر بعد عود ذلك الملك اليه وان كان بسبب هو تمليك فسد من وجه كالرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء قاض أو بالاقالة أو الميراث لم تعد الوكالة لان تعلقها كان بذلك الملك والعائد ملك غير ذلك الملك قال ولو باشره أهل الحرب فادخلوه دارهم ثم رجع الى الموكل بملك جديد بأن اشتراه منهم لم تعد الوكالة ولو اخذه المشترى منهم بالثمن أو ممن وقع فى سهمه من الغانمين بالقيمة فهو على وكالته لانه بالأخذ بهذا الطريق يعيده الى قديم ملكه وقد كانت الوكالة متعلقة بذلك الملك فاذا عاد عادت الوكالة قال ولو وكله ان يعتق امته ثم اعتقها المولى فارتدت ولحقت بدار الحرب فاسرت وملكها المولى لم يجز عتق الوكيل فيها لانه كان مأمورا بازالة رق كان فيها وقد زال ذلك باعتاق المولى وهذا الحادث رق متجدد السبب فلا يكون هو وكيلا بازالته الا بتوكيل مستأنف قال ولو أمره أن يعتق عبده فقال الوكيل اعتقته أمس وجحد ذلك رب العبد لم يصدق الوكيل على ذلك لان الوكالة بالعتق تنتهى بالفراغ منه فكيف يقبل اقراره وليس هو بوكيل في الحال بخلاف البيع والشراء فان الوكالة تبقى بعد المباشرة لتعلق حق العقد بالوكيل * توضيحه ان الوكيل بالعتق معبر عن الموكل وانما أمره بأن يعبر عنه انشاء العتق دون الاقرار وكان هو فى الاقرار كأجنبي آخر سوى المأمور به فلا يصير به ممتثلا للآمر ويبقى المأمور على وكالته قال ولو وكله أن يعتقه فقبل ذلك ثم أبى أن يعتقه لم يجبر عليه لان الوكيل معير لمنافعه والمعير غير مجبر على تسليم ما أعاره ولو قال له الوكيل أنت حر ان شئت فقال قد شئت لم يعتق لانه مأمور بالتنجيز وقد اتى بالتعليق عشيئة أو بتمليك الآمر من العبد وكل واحد منهما غير مأمور به ولكنه يبقى على وكالته فاذا أعتقه بعد ذلك كان صحيحا منه قال وان اعتقه بغير لسان العربية جاز لان المقصود ايصال العبد الى شرف الحرية وذلك يحصل بأى لسان كان وبأى لفظ من العربية يكون كقوله أنت عتيق او معتق وحررتك وكما يحصل ذلك باللسان يحصل بالكتاب أيضا حتى اذا كتب بعتقه جاز (ألا ترى) انه يشترىه مكفرا فكذلك الوكيل يصير به ممتثلا قال وان قال له اعتق

نفسك بما شئت فاعتق نفسه على درهم فهو جائز ان رضى المولى بذلك لان تفويضه فى حق البدل غير معتبر لانه مجهول الجنس والقدر فلا يقدر العبد على تحصيل المقصود للمولى يبقى قول العبد اعتقت نفسي بدرهم فيوقف ذلك على رضا المولي به كما لو ابتدأ العبد بهذا الكلام وكذلك لو قال بع نفسك من نفسك بما شئت فباع نفسه من نفسه جاز ذلك اذا رضى المولى به والطلاق في هذين الوجهين قياس العتق ولا يقال انه فوض الأمر فى البدل الى رأيه وهو لا يصلح نائبا عن المولى فى قبول البدل على نفسه فكيف يصلح نائبا فى تعيين جنس البدل ومقداره قال وان وكله ان يعتق عبده على مال فاعتقه على درهم جاز فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله بناء على أصله فى اعتبار اطلاق اللفظ مالم يقم دليل التقييد ولا يجوز عندهما الا بمثل القيمة أو بنقصان يسير بناء على أصلهما فى ثبوت التقييد بدليل العرف قال وان وكله أن يعتقه على شئ فما اعتقه عليه من أصناف المال فهو جائز اما عند أبى حنيفة رحمه الله فظاهر كما هو أصله فى الوكيل بالبيع وعندهما هناك يتقيد مطلق اللفظ بالبيع لاعتبار العرف ولا عرف هنك فان الاعتاق بغير النقود من الأموال متعارف كالاعتاق بالنقود فلهذا جاز له أن يعتقه على أى صنف من المال يسميه وان اختلف المولى والوكيل فى جنس ماأمره به من البدل أوفى مقداره فالقول قول المولي لان الاذن يستفاد من جهته فلا يثبت فى حقه الا مايقربه قال وان وكله ان يعتقه على جعل فاعتقه على خمر أو خنزير فالعتق جائز وعلى العبد قيمة نفسه لانه امتثل أمره بما صنع فان العتق بالخمر لو باشره المالك كان عتقا بعوض لقيام شبهة المالية فى الخمر وعلى العبد قيمة نفسه لفساد التسمية فكذلك اذا باشره الوكيل ولو اعتقه على ميتة أو دم لم يجز لان هذا العتق لو باشره المالك كان عتقا بغير عوض اذ ليس فى الميتة والدم شبهة المالية فبتسميته لا يصير ممتثلا لانعدام الرضا بالعتق مجانا والموكل انما أمره بعتق بعوض فليس له أن يعتق بغير عوض قال ولو اعتقه على حكم العبد أو على حكم الوكيل جاز العتق وعليه قيمته لان هذا العتق لو باشره الموكل كان عتقا بعوض فكذلك اذا باشره الوكيل غيران مايحكم به العبد أو الوكيل مجهول الجنس والقدر فلا تصح التسمية وعند فساد التسمية يجب على العبد قيمة نفسه ولكن لاشتراط أصل المال بهذا اللفظ ينعدم الرضا بالعتق مجانا قال ولو قال اعتقه على هذا العبد فاعتقه عليه فاذا هو حر جاز العتق وعليه قيمة نفسه لان فعل الوكيل كفعل الموكل بنفسه حين امتثل أمره فيما صنع وقد سمى ما هو

مال وهو العبد فاذا ظهرت حريته تبين به فساد التسمية فعليه قيمة نفسه ولو اعتقه على عبد
واستحق جاز العتق وعليه قيمة نفسه فى قول أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف
رحمه الله وفى قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله قيمة العبد المستحق وهي معروفة فى
كتاب البيوع ان فى قوله الآخر بيع العبد من نفسه بمال عند الاستحقاق ثم حكم مبادلة
المال بالمال وفى قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله في حكم مبادلة المال بما ليس بمال عند
الاستحقاق اوالرد بالعيب قال وان وكله أن يعتقه على جعل فاعتقه على شاة مذبوحة بعينها
أو علي دن خل بعينه فاذا الشاة ميتة والخل خمر فالعتق جائز فى الخمر وعلى العبد قيمة نفسه
والعتق باطل في الشاة لانه ليس في الميتة شبهة المالية فلا يصير بها العتق بعوض بخلاف
الخمر ففيها شبهة المالية فيكون العتق بعوض عند ذكر الخمر فليس فى تسمية الشاة مايوجب
اشتراط العوض لان اسم الشاة يتناول الميتة كما يتناول المذبوحة بخلاف تسمية العبد فان اسم
العبد لا يتناول الا ماهو مال فبذكره يثبت اشتراط العوض ويصير الوكيل ممتثلا أمره قال
واذا وكل الكافر المسلم بعتق عبده على جعل فاعتقه على خمر أو خنزير جاز لان الوكيل
بالعتق بمال نائب محض لا يتعلق به شئ من الحقوق ولا يثبت له حق المطالبة بالبدل فيكون
المعتبر فيه دين من وقع له العقد وهو المولى كما فى النكاح والخلع والخمر والخنزير مال متقوم
فى حق الكافر فلهذا صحت التسمية والكتابة فى هذا قياس العتق بالجعل لان الوكيل بالكتابة
سفير ومعبر أيضا قال واذا وكل العبد رجلا ان يشترى له نفسه من مولاه ويسأله له
العتق علي مال ففعل ذلك الوكيل والمولى فالعتق جائز والمال على العبد وليس على الوكيل
شئ هكذا ذكر هنا وذكر فى موضع آخر من هذا الكتاب ان المال علي الوكيل وهكذا
أجاب فى الجامع الا أن هنا فى بعض النسخ قال ويسأله العتق وفى بعض النسخ قال يسأله
له العتق فقال بعض مشايخنا رحمهم الله انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فقوله يسأله
العتق تفسير لأول كلامه وبيان أنه جعل رسولا الى المولى والمطالبة بالبدل لا تتوجه علي
الرسول فى شئ من العقود فأما اذا وكله العبد فالجواب علي ما قال فى الجامع ان الوكيل
هو المطالب بتسليم البدل وفى المسئلة روايتان وعيسى بن ابان رحمه الله قال فى الصحيح
ماذكر هنا دون ماقاله فى الجامع لان الوكيل من جانب العبد فى العتق بجعل يكون سفيرا
ومعبرا بمنزلة الوكيل من جانب المولى (ألا ترى) انه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الآمر

وانه ليس اليه من قبض المعقود عليه شي فلا تتوجه المطالبة بتسليم البدل كالوكيل من جانب المولى وجه رواية الجامع أن توكيله بشراء العبد لنفسه بمنزلة توكيله بشراء العبد لغيره فكما أنه هناك يصير المطالب بتسليم البدل فكذلك هنا بخلاف الوكيل من جانب المولى فان الذى فى جانب المولى اعتاق بمال يشترطه والذى فى جانب العبد التزام المال فالوكيل فى جانب المولى يكون وكيلا بالاعتاق فكان معبرا لا تتعلق به حقوق العقد والوكيل فى جانب العبد وكيل بالتزام المال فيكون بمنزلة الوكيل فى البيع والشراء فما زاد على هذا من البيان فقد أمليناه فى شرح الجامع قال ولو وكله (٢) وهذا بناء على أصلين أحدهما أن العتق يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يتجزأ والثانى أن عند أبى حنيفة رحمه الله تسمية النصف غير تسمية الكل والوكيل متى زاد على ما أمر به وأتى بغيره كان مخالفا فهنا الموكل أمره باعتاق النصف وهو قد سمى الكل فصار مخالفا فلهذا لا يعتق منه شئ وعلى قولهما العتق لا يحتمل التجزى فالتوكيل باعتاق النصف واعتاق الكل سواء ويكون هو ممتثلا أمر الموكل فى اعتاق الكل فلهذا عتق كله قال ولو وكله أن يعتق العبد كله فاعتق نصفه عتق النصف فى قول أبى حنيفة رحمه الله كما لو أعتق الموكل بنفسه نصفه وهذا لان الوكيل أتى ببعض ما أمره به فلم يكن مخالفا فيعتق نصفه وعلى العبد أن يسعى فى نصف قيمته وعندهما يعتق كله ولا يسعى فى شيء لان العتق عندهما لا يتجزأ قال واذا وكله أن يعتقه على جعل ولم يسم شيأ فاعتقه على ألف جاز ذلك استحسانا وعليه ألف درهم ان كان مثله يعتق على مثل ذلك وفى القياس لا يصح اعتاقه لان البدل المسمى مجهول جهالة متفاحشة فان اسم الالف يتناول كل معدود مالا كان أو غير مال فلم تصح التسمية وان لم تصح كان هذا بمنزلة عتق بغير جعل فيكون باطلا من الوكيل ولكنا استحسنا فقلنا الوكيل ممتثل أمره فان الموكل بنفسه لو أعتقه على هذا كان عتقا بعوض وكان صحيحا فكذلك الوكيل اذا فعله وهذا لان مطلق التسمية محمول على المتعارف فيما بين الناس كما أن مطلق تسمية النقد معروف فكذلك مطلق تسمية الالف فاذا كان قيمة العبد ألف درهم أو مثلها فالظاهر أن المراد بذكر الالف هو الالف درهم لان المعتاد هو الاعتاق بمثل القيمة أو أقل فصار الثابت بالعادة كالثابت بالنص قال ولو وكله أن يكاتب عبده فكاتبه لم يكن للوكيل أن يقبض المكاتب لانه فى العقد سفير ومعبر وهو لا يستغنى عن الاضافة الى الموكل ولا تتوجه عليه المطالبة بتسليم العوض فلا يكون اليه من قبض البدل شئ وان دفعها

اليه المكاتب لم يبرأ لان وكالته قد انتهت بمباشرة العقد فكان هو فى قبض البدل كاجنبي آخر فلهذا لا يستفيد المكاتب البراءة بالدفع اليه قال ولو وكله ان يكاتب عبده فكاتبه على شيء لا يتغابن الناس فى مثله جاز فى قول أبى حنيفة رحمه الله بناء على أصله فى اعتبار الاطلاق مالم يقم الدليل المقيد كما لو وكله ببيعه ولم يجز عندهما لان التقييد عندهما يثبت بدلالة العرف وان كاتبه على غنم أو صنف من الثياب أو الموزون أو من المكيل جاز ذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يشكل بناء على مذهبه فى التوكيل بالبيع وعندهما الاختصاص بالنقد هناك بدليل العرف ولا يوجد ذلك هنا فالاعتاق بغير النقود من الاموال متعارف وكذلك الخلع والكتابة قال ولو وكله ان يكاتب عبدين له فكاتب احدهما جاز لانه أتى ببعض ماأمر به ولا ضرر فيه على الموكل فيكون هذا بمنزلة الوكيل ببيع العبدين يبيع أحدهما فانه يجوز على الآمر فكذلك هنا قال ولو وكله أن يكاتبهما مكاتبة واحدة ويجعل كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فكاتب أحدهما لم يجز لانه ترك شرطا فيه منفعة للموكل وهو أن يصير كل واحد منهما مطالبا بجميع البدل ولان العقد بهذه الصفة لا يصح الا ان كاتبهما معا فكان الموكل بالتنصيص على هذا الوصف كالشارط عليه أن لا يفرق العقد فاذا فرق كان مخالفا (ألا ترى) انه لو قال بعه من فلان برهن فباعه بغير رهن لم يجز وكذلك لو قال بعه من فلان بكفالة فباعه من غير كفالة لم يجز بخلاف ما لو قال بعه بشهود فباعه بغير شهود حيث يجوز لان الرهن والكفالة انما يشترطان فى العقد ويصير مستحقا بالشرط وحرف الباء للوصل فانما أمر أن يصل شرط الكفالة والرهن بالبيع فاذا لم يفعل كان مخالفا لامره فأما الشهود فلا يتحقق اشتراطهم فى البيع فلا يخرج هو بهذا اللفظ من أن يكون مأمورا بمطلق البيع قال ولو وكله ان يكاتب عبده ثم كاتبه المولى فعجز فليس للوكيل ان يكاتبه لان ما قصده الموكل بتصرف الوكيل قد حصل له بمباشرته فتكون مباشرته عزلا للوكيل ثم بعجز المكاتب لا تنفسخ الكتابة من الاصل ولكن ترتفع فى الحال لان السبب مقصور على الحال وهو العجز عن تسليم البدل بعد توجه المطالبة به فلهذا لا تعود وكالة الوكيل قال ولو وكله ان يكاتبه أو يبيعه ثم قتل العبد رجلا خطأ ثم فعل الوكيل ذلك وهو يعلم أولم يعلم جاز ما صنعه الوكيل لان استحقاق العبد بجنايته لا يمنع الموكل من التصرف فيه بالبيع والكتابة فلا يوجب عزل الوكيل أيضا وابتداء التوكيل صحيح بعد جناية العبد فلأن يبقى أولى ثم على المولى قيمته ولا يصير مختارا للدية وان علم بذلك

لان التوكيل قبل الجناية وهو لا يصير مختارا بفعل منه سبق جناية العبد ولم يوجد بعد الجناية من المولى فعل يصير به مختارا ولكنه صار مستهلكا للعبد فعليه قيمته كما لو دبره قبل جنايته وأشار فى موضع من الزيادات الى أن استمرار الوكالة بعد العلم بالجناية بمنزلة انشاء التوكيل لكونه متمكنا من العزل فيصير به مختارا للفداء وقد بينا هذا فيما أمليناه من شرح الزيادات ولو قال بع عبدى هذا أو كاتبه أو أعتقه على مال فأيّ ذلك فعل الوكيل جاز لانه خيره بين التصرفات الثلاثة وان قال كاتب عبدي هذا أو هذا فله ان يكاتب أيهما شاء لان المولى خيره بينهما بحرف أو فان كاتب كل واحد منهما على حدة جازت مكاتبة الاول لانه وكيل بكتابة أحدهما فاذا كاتب الاول انتهت وكالته وليس له أن يكاتب الآخر بعد ذلك وان كاتبهما معا فكتابتهما باطلة اذا جعل النجوم واحدة لان هذا بمنزلة عقد واحد (ألا ترى) انه لا يقبل أحدهما دون الآخر وهو غير مأمور بمكاتبتهما جميعا فاذا تعذر تنفيذ العقد فيهما ولا وجه لتصحيح واحد منهما لانهما فى حكم هذا العقد كشخص واحد تعينت جهة البطلان فى هذا العقد وان لم يجعل النجوم واحدة فالخيار الى المولى يختار أيهما شاء بحصته من ذلك ويحبس الآخر لان تصحيح العقد في احدهما ممكن فان العقد متفرق فهو فى كتابة أحدهما ممتثل أمر المولى وفسخ العقد فى أحدهما ويكون الخيار الى المولى لان الوكيل معبر عنه فلا يكون اليه من خيار البيان شئ كالطلاق والعتاق وهذا لان الكتابة فى حكم الاسقاط دون التمليك لانه فك الحجر واسقاط حقه من ملك اليد حتى يصير للمكاتب كما ان في الاعتاق اسقاط الحق عن أصل ملكه لان يكون تمليكا من العبد والجهالة انما تمنع الصحة في التمليكات لا فى الاسقاطات فاما فى النكاح لو وكله أن يزوجه أي هاتين فزوجهما منه لم يصح نكاح واحدة منهما لان النكاح من عقود التمليكات فلا يمكن تصحيحه فيهما لانه مأمور بتزويج احداهما ولا يمكن تصحيحه فى احداهما بعينها لانه ليست احداهما بأولى من الاخرى ولا فى احداهما بغير عينها لان النكاح لا يثبت فى المجهول وعن أبي يوسف رحمه الله انه جعل النكاح كالكتابة فقال يجوز فى احداهما بغير عينها والبيان الى الزوج وهو قوله الاول وقد رجع عنه فأما فى البيع اذا باعهما جميعا فلا يجوز البيع فى واحد منهما لان البيع تمليك لا يثبت فى المجهول ولا يمكن تصحيحه فيهما لانه لم يكن مأمورا ببيعهما قال ولو وكله ان يكاتب عبده يوم الجمعة فقال الوكيل يوم السبت قد كاتبته أمس بعد الوكالة على كذا وكذبه المولى فالقول قوله فى القياس لانه أقر

بالعقد في حال لا يملك استئنافه فان بمضى يوم الجمعة قد انتهت وكالته ولكن استحسن لجوز اقراره فكان مسلطا على مباشرة العقد في وقت معلوم وقد أخبر بما سلطه عليه وأدى الامانة على وجهها وهذا لان التوقيت من المولى كان فى مباشرة العقد لا في الاقرار به فجعل فى حق الاقرار كان التوكيل كان مطلقا فاذا أقر به كان اقراره صحيحا وعلى هذا البيع والاجارة والخلع والعتق على مال قال ولو وكله أن يكاتبه فقال الوكيل وكلنى أمس وكاتبته آخر النهار بعد الوكالة وقال رب العبد انما وكلتك اليوم فالقول قول رب العبد لانه لو أنكر التوكيل أصلا كان القول قوله فكذلك اذا أنكر التوكيل أمس واذا لم يثبت التوكيل فى الوقت الذى أضاف الوكيل مباشرة العقد اليه كان العقد باطلا ولو قال أى هذين الرجلين كاتبه فهو جائز فأيهما كاتبه جاز وهذا استحسان وقد تقدم بيانه ان الوكالة مبنية على التوسع والجهالة المستدركة فيها تمنع الجواز وكذلك لو قال وكلت أحد هذين الرجلين أن يكاتبه فهذا والاول سواء وأيهما كاتبه جاز قال ولو وكل رجلا بأن يكاتب عبده فأبى العبد أن يقبل ثم بدا له فى قبول ذلك فكاتبه الوكيل جاز لان باباء العبد فى الابتداء لا ينعزل الوكيل فان العبد لا يملك عزل الوكيل عن كتابته واذا بقيت الوكالة نفذت الكتابة بقبول العبد كما لو قبل في الابتداء والله أعلم بالصواب

باب وكالة المضارب والشريك فيه

(قال رحمه الله) وتوكيل المضارب بالبيع والشراء والقبض والخصومة وغير ذلك من أسباب المضاربة جائز لان للمضارب اقامة الاعمال كلها بنفسه فيحتاج الى الاستعانة بغيره فى بعض الاعمال ولما دفع رب المال اليه المال مضاربة على علمه بذلك فقد صار آذنا له فى الاستعانة بالغير فيما يعجز عن مباشرته بنفسه قال ولو وكل المضارب رجلا أن يشترى له عبدا بالمضاربة فاشترى له أخا رب المال فالشراء جائز على المضارب دون رب المال لان شراء وكيل المضارب بمنزلة شراء المضارب بنفسه وهو لو اشترى أخا رب المال كان مشتريا لنفسه لان رب المال انما أمره أن يشترى بمال المضاربة ما يمكنه ان يبيعه ليحصل الربح بتصرفه وهو لا يحصل بشراء أخى رب المال لانه لو جاز شراؤه على رب المال عتق عليه فلهذا جعلناه مشتريا لنفسه ويضمن مال المضاربة اذ هو فى يمينه قال وان اشترى أخا المضارب فان لم يكن فيه فضل

فهو جائز على المضارب لان شراء الوكيل كشراء المضارب بنفسه ولو اشترى أخا نفسه بمال المضاربة جاز على المضاربة ان لم يكن فيه فضل لانه شريك فى الربح فاذا لم يحصل الربح لا يملك المضارب شيئا منه فيتمكن من بيعه بعد الشراء وان كان فيه فضل كان الشراء على المضارب خاصة لانه لو جاز على المضاربة عتق عليه حصته من الربح فلا يملك بيعه فلهذا كان مشتريا لنفسه قال واذا وكل المضارب وكيلا في الخصومة فى دين المضاربة فأقر الوكيل عند القاضي أن المضارب قد قبض ذلك الدين فهو جائز الا على قول زفر رحمه الله لان الوكيل بالخصومة مطلقا يملك الاقرار ويكون اقراره كاقرار الموكل بنفسه ولو أقر المضارب بين يدى القاضى بقبض الدين الواجب باداته صح اقراره فكذلك اقرار وكيله وان قال المضارب لم أقبضه منه برئ الغريم ولا ضمان على المضارب لان اقرار الوكيل انما يصح باعتبار أنه وكيل بجواب الخصم وذلك فيما بين الوكيل والخصم وليس من ضرورة براءة الغريم وصول المال الى المضارب فلهذا لا يقبل اقرار الوكيل فى ايجاب الضمان على المضارب لانه ما وكل بذلك قال وهذا بمنزلة قول الوكيل قد أخذته فدفعته اليك وقال المضارب لم تدفعه الى وكذا اقرار الوكيل بالقبض صحيح فى براءة الغريم غير مقبول فى ايجاب الضمان على المضارب فكذلك هنا قال ولو وكل المضارب رجلا بقبض مال المضاربة من رب المال أو بدفع شئ من المال الى رب المال كان جائزا لانه وكله بما يملك مباشرته بنفسه فيصير الوكيل قائما مقامه في مباشرته قال واذا أمر رب المال المضارب ان ينفق على أهله فوكل المضارب وكيلا بالنفقة عليهم فهو جائز لانه مأمور بايصال مقدار حاجتهم من المال الذى فى يده اليهم فلا فرق بين ان يوصل ذلك بنفسه أو بنائبه وهذا لان من له النفقة له ان يمد يده الي هذا المال ويأخذ منه مقدار حاجته اذا ظهر به ولان أمر رب المال بالدفع الى أهله بمنزلة أمره بالدفع اليه ولا فرق بين ان يدفع بنفسه أو بوكيله فان قال الوكيل انفقت مائة درهم عليهم وقال المضارب أنفقت مائتي درهم في مدة ينفق مثلها على مثلهم وقال رب المال ما انفقت عليهم شيأ فالقول قول المضارب وقد ذهب من المال مائة درهم كما لو ادعى انه أنفق بنفسه وهذا لان المال في يده وهو أمين فيما فى يده من المال فلو ادعى الرجل على رب المال كان القول قوله فكذلك اذا ادعى الانفاق على أهله بأمره ولا يضمن الوكيل شيأ لانه كان أمينا فيما أمره به ولم يوجد منه سبب يوجب الضمان عليه فلهذا لا يصير ضامنا شيأ وكذلك كل وكيل بدفع

اليه المال ويؤمر بالنفقة على شئ من الاشياء فهو جائز وهو مصدق فى النفقة على ذلك بالمعروف لانه أمين أخبر بأداء الامانة بطريق محتمل قال وان وكل المضارب وكيلا ينفق على رقيق من المضاربة ولم يدفع اليه مالا فقال الوكيل انفقت عليه كذا وكذا وكذبه المضارب فان الوكيل لا يصدق لانه يدعي لنفسه دينا فى ذمة المضارب فان المال لم يكن فى يده ليكون أمينا فيما يخبر به من الانفاق ولكنه يزعم أنه أنفق من مال نفسه ليكون ذلك دينا فى ذمة من أمره وهو غير مصدق فى مثله الا ببينة وكذلك لو وكله فى مال نفسه ينفق على رقيقه فهذا والاول سواء قال وان وكل المضارب رجلا يشترى له متاعا بعينه من المضاربة ولم يدفع المال اليه فجاء رب المال وأخذ المال وناقض المضاربة لا يمنع ابتداء التوكيل فلا يمنع بقاء التوكيل أيضا بالطريق الاولى واذا بقيت الوكالة كان شراء وكيل المضارب كشراء المضارب بنفسه فانما ينفذ العقد على المضارب خاصة لان عقد المضاربة قد انفسخ باسترداد رب المال ماله قال ولو وكل المضارب عبدا من رقيق المضاربة ثم ان رب المال نهى المضارب عن البيع ونقض المضاربة ثم باعه الوكيل وهو لا يعلم أو يعلم فبيعه جائز لان المال بعد ما صار عروضا يملك رب المال فيه نهى المضارب عن التصرف فكان وجود النهى كعدمه وكذلك لو مات رب المال ثم باعه الوكيل أو وكله المضارب بعد موته فباعه لانه يملك مباشرة البيع بنفسه بعد موت رب المال فانه شريك فى الربح والربح انما يظهر ببيع المشتري فكان تصرفه من وجه بنفسه فلهذا لا يمتنع بموت رب المال ولا ببيعه قال ولو وكله بشراء عبد بألف درهم من المضاربة ثم مات رب المال ثم اشترى العبد لزم المضارب خاصة لان عقد المضاربة انفسخ بموت رب المال حين كان المال نقدا حتى لا يملك المضارب بعد ذلك التصرف فيه فيكون هذا بمنزلة استرداد رب المال ماله وقد بينا أن هناك الوكالة تبقى ولكن الوكيل يصير مشتريا للمضارب خاصة فكذلك هنا قال واذا اشترى أحد المتفاوضين عبدا فوجد به عيبا فوكل وكيلا فى رده أو كان شريكه هو الذى يخاصم فيه لم يكن بد من ان يحضر الذى اشترى حتى يحلف مارضى بالعيب وقد بينا فيما سبق أن القاضى لا يقضى بالرد الا بعد هذه اليمين ولا يمكن استحلاف الوكيل ولا الشريك اذا كان يخاصم بنفسه لان النيابة لا تجرى فى اليمين وان كان الذى اشترى حاضرا يخاصم فطلب البائع يمين شريكه مارضى بالعيب لم يكن له عليه يمين لان الاستحلاف ينبنى على توجه الخصومة ولا خصومة للبائع مع الشريك

لانه لم يعامله بشئ وكذا ان وكل أحدهما وكيلا بالخصومة فى عبد باعه وطعن المشترى فيه بعيب ورده لم يكن عل الوكيل فيه يمين لان الوكيل فيه نائب ولا نيابة فى اليمين وان أراد المشترى ان يخاصم الشريك الآخر ويحلفه على عامه لان كل واحد من الشريكين فى المفاوضة قائم مقام صاحبه فيما يدعى عليه فانهما فى الحكم كشخص واحد ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم ولا يكون على البتات قال واذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ هو بينهما ثم نقضاها واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أولا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل أحدهما فى حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما قال واذا وكل أحد شريكى العنان وكيلا يبيع شئ من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا وكان ينبغى فى القياس ان لا يجوز لان كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه بالتصرف وليس للوكيل ان يوكل غيره اذا لم يأمره الموكل بذلك ولكنه استحسن فقال كل واحد من الشريكين فى حق صاحبه بمنزلة وكيل فوض اليه الأمر على العموم لان مقصودهما تحصيل الربح وذلك لا يحصل بتصرف واحد فصار مأذونا من جهة صاحبه بالتوكيل فيما يعجز عن مباشرته بنفسه كما بيناه فى المضارب وهذا لان كل واحد منهما رضى بتصرف صاحبه فيما هو بصدده من التجارة والتوكيل من التجارة فلهذا نفذ من كل واحد منهما على صاحبه قال وان وكله ببيع أو شراء أو اجارة أو تقاضى دين ثم أخرجه الشريك الآخر من الوكالة فكان له أن يخرجه من الوكالة فى جميع ذلك الا فى تقاضى الدين خاصة لانه كما جعل توكيل أحدهما فى التصرف بمنزلة توكيلهما فكذلك عزل أحدهما عن التصرف بمنزلة عزلهما إلا فى تقاضى الدين فان سبب وجوب الدين هو الذى يختص بقبضه على وجه لا يملك شريكه نهيه عن ذلك فكذلك نهى وكيله * توضيحه أن الشريك الآخر لما جعل فى هذا الدين بالقبض بمنزلة سائر الاجانب فكذلك فى عزل الوكيل يجعل بمنزلة سائر الأجانب فلهذا لا يصح منه النهى قال وان كان الموكل هو الذى ادانه لم يصح اخراج هذا الآخر الوكيل من التقاضى لما بينا وان كان الذى ادانه هو الشريك الآخر فتوكيل الشريك بقبضه لا يصح لانه لا يملك مباشرة القبض بنفسه فكذلك لا يوكل به غيره والله أعلم بالصواب

باب مالا يجوز فيه الوكالة

(قال رحمه الله) واذا وكل الرجل وكيلا بطلب قصاص فى نفس أوفي فيمادون النفس لا يجوز فان وكله باقامة البينة على ذلك جاز التوكيل فى قول أبى حنيفة رحمه الله عند رضا الخصم أو مرضه أوغيبته وعند محمد رحمه الله على كل حال وعلى قول أبى يوسف رحمه الله لا يجوز التوكيل بذلك وجه قوله أن الوكيل يقوم مقام الموكل فى دعوى القصاص والقصاص لا يثبت بما يقوم مقام الغير كما لا يثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وهذا لان هذه عقوبة تندرئ بالشبهات وفيما يقوم مقام الغير ضرب شبهة فى العادة وهو انما يوكل ليحتال الوكيل لاثباته وفى القصاص انما يحتال لاسقاطه لا لاثباته (ألا ترى) ان التوكيل باستيفاء القصاص لا يجوز باعتبار انه يندرئ بالشبهات فكذلك باثباته وقد ذكر فى بعض المواضع قول محمد رحمه الله كقول أبى يوسف رحمه الله وجه قول أبى حنيفة رحمه الله انه وكل بما يملك مباشرته بنفسه واذا وقع الغلط أمكن التدارك والتلافي فصح التوكيل كما فى الأموال بخلاف استيفاء القصاص فانه اذا وقع فيه الغلط لا يمكن التدارك والتلافى فاما اثبات القصاص فكاثبات سائر الحقوق من حيث انه اذا وقع فيه الغلط أمكن التدارك والتلافي وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلا بالخصومة فى دفع ما يطالب به وكلام أبى حنيفة رحمه الله فى هذا الفصل أظهر لان دفع القصاص جائز عن يقوم مقام الغير (ألا ترى) ان الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال فى العفو صحيحة ولكن هذا الوكيل لواقر فى مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح اقراره استحسانا وفى القياس يصح لانه قام مقام الموكل بعد صحة التوكيل (ألا ترى) أن في سائر الحقوق جعل اقراره كاقرار الموكل وكذلك فى القصاص وفى الاستحسان يقول اقرار الوكيل قائم مقام اقرار الموكل والقصاص لا يستوفي بحجة قائمة مقام غيرها * توضيحه انا حملنا التوكيل على الجواب لان جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فاما فى الحقيقة فالاقرار ضد الخصومة فيصير ذلك شبهة فيما يندرئ بالشبهات دون مايثبت مع الشبهات وكذلك في التوكيل باثبات حد القذف أو دفعه من جهة القاذف فأما التوكيل باثبات المال فى السرقة فقد طلب بالاتفاق لان المقصود اثبات

المال والمال يثبت مع الشبهات (ألا ترى) أن بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال تثبت فأما التوكيل باثبات الحد فهو على الخلاف الذى بينا قال واذا قتل العبد عند المستودع أو عند المستعير فليس لهما أن يستوفيا القصاص وان وكلهما بذلك صاحبه لان من الجائز أن صاحب العبد عفى فلو استوفينا القصاص كان استيفاء مع تمكن الشبهة وذلك لا يجوز يدل عليه أن وجوب القصاص باعتبار الدم والمستودع والمستعير ليسا بخصمين فى الدم وانما خصومتهما فيما يتناوله الايداع والاعارة وكذلك عبد من المضاربة أو عبدان شريكان شركة عنان أو مفاوضة قتل عمدا وأحدهما غائب فليس للحاضر أن يقتل قاتله وان وكله الغائب بذلك لتمكن شبهة العفو من رب المال أو من الشريك الغائب قال واذا كان للرجل عبد فى يدى رجل فقال الرجل انطلق فاشتر عبدى من فلان لنفسك فذهب فاشتراه ولم يكن رب العبد وكل البائع بالبيع فان هذا البيع يجوز ويكون أمره للمشترى بالشراء وكالة للبائع بالبيع وذكر بعد هذا انه لا يجوز وقيل انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فالمراد هنا انه لما أتاه أخبره بما قال له المالك فيصير ذو اليد وكيلا لعلمه بوكالة المالك اياه ومراده بما ذكر بعد هذا أنه لم يخبره بذلك ولكنه قال له بع هذا العبد منى فلا يصير ذو اليد وكيلا مالم يعلم بتوكيل المالك اياه وان حملنا المسئلة على الروايتين فيما اذا لم يخبره فوجه الرواية التى قال لا يجوز البيع أن البائع لم يرض بالتزام العهدة حين لم يعلم بالوكالة (ألا ترى) انه لو وكله بالبيع مقصودا لا بحضرته لا يصير وكيلا مالم يعلم به فكذلك اذا كان التوكيل ضمنا لامر المشترى بشرائه ووجه هذه الرواية أن رضا المالك قد تم بهذا العقد والمشترى انما أقدم على الشراء باعتبار تمام الرضا من المالك فلو لم ينفذ البيع صار مغرورا من جهة المالك ويلحقه الضرر فيه والضرر مدفوع فى الشرع وما زاد على هذا البيان قد بيناه فيما أمليناه من شرح الزيادات قال وكذلك اذا قال اقبض دينى من فلان كان جائزا وليس للذى عليه الدين ان يمتنع من دفعه وهذا ظاهر فانه وكل القابض بالقبض هنا وقد علم القابض بوكالته ولا معتبر بعلم المديون بعد ان يثبت وكالته وكذلك لو وكله بقبض الوديعة والعارية وما أشبههما قال أرأيت لو قال للعبد انطلق الى فلان حتى يكاتبك فكاتبه فلان أما كان يجوز أو قال انطلق اليه حتى يعتقك فاعتقه أما كان يعتق أو قال لامرأته انطلقى اليه حتى يطلقك وطلقها فلان أما يقع الطلاق عليها والفرق بين هذه الفصول وبين البيع على الرواية الاخرى ظاهر

لان حقوق العقد لاتتعلق بالعاقد فى هذا الموضع بخلاف البيع قال ولو أمر رجلاأن يطلق امرأته أو يعتق عبده ثم قال للمرأة والعبد قد نهيت فلانا عن ذلك فلم يعلم الوكيل بالنهى حتى طلق أو أعتق وقع وان علم بالنهى لم يقع وكذلك فى الفصل الاول ان نهاهما بعد ذلك لا يعمل النهى فى حق فلان مالم يعلم به ولا فرق بين أن يثبت التوكيل بخطاب خاطب به الوكيل وبين أن يثبت ضمنا بخطاب خاطب به المرأة والعبد فانه بعد ماصار وكيلا لاينعزل مالم يعلم بالعزل قال واذا قال الرجل لرجل اذهب بثوبى هذا الى فلان حتى يبيعه أو اذهب الى فلان حتى يبيعك ثوبى الذى عنده فهو جائز فى الوجهين وهو اذن منه لفلان فى بيع ذلك الثوب ان أعلمه المخاطب بما قاله المالك جاز بيعه رواية واحدة وان لم يعلمه ففيه روايتان وكذلك لو قال اذهب بهذا الثوب الى القصار حتى يقصره أو الى الخياط حتى يخيطه قميصا فهذا اذن منه للقصار والخياط في ذلك العمل حتى لايصير ضامنا بعلمه بعد ذلك والله أعلم بالصواب

باب وكالة العبد المأذون والمكاتب

(قال رحمه الله) وكل ما جاز لهما ان يفعلاه جاز لهما أن يوكلا به من يفعله لان الحجر قد انفك عنهما فيما هو من عمل التجارة أو سبب اكتساب المال والتوكيل من هذه الجملة فيصح منهما وبعد صحة الوكالة فعل الوكيل كفعل الموكل بنفسه وكل مايجوز للموكل أن يفعله جاز لوكيله أن يفعله قال وليس للعبد المأذون أن يتزوج ولا يكاتب عبده لان هذا من عقود التجارة وانفكاك الحجر فى حقه مقصور على التجارة فاذا أذن له المولى في ذلك فوكل به وكيلا لم يجز لانه نائب عن المولى فى هذا العقد بمنزلة الوكيل (ألا ترى) أنه يعمل بهبة عنه مع بقاء الاذن له فى التجارة والوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمباشرة ماوكل به فاذا حجره مولاه أو عجز المكاتب عن كتابته انقطعت وكالة وكيله فى البيع والشراء ونحوهما لانه عجز عن مباشرة التصرف في نفسه وصحة التوكيل كانت باعتباره ولو وكله ابتداء بعد الحجر لم يجز فكذلك اذا طرأ الحجر على الوكالة لان المقصود بنفس التوكيل لا يحصل والطارئ قبل حصول المقصود بالسبب كالمقترن بأصل السبب فاما اذا كان التوكيل بقضاء الدين أو التقاضى لم يبطل ذلك التوكيل بالعجز ولا بالحجر على المأذون لانه فى كل شئ ولاه العبد

لا يسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا بإيفائه وله ولاية المطالبة باستيفاء ماوجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة فيه قال ولو وكله ابتداء بعد الحجر صح أيضا فان باعه باذن الغرماء أو مات بطلت وكالة الوكيل في جميع ذلك لانه حين خرج عن ملكه لم يبق له حق المطالبة بالاستيفاء ولا يبقى هو مطالبا بإيفاء شيء في حالة الرق فتبطل وكالة الوكيل حكما بخروج الموكل من أن يكون مالكا لذلك التصرف قال وليس لمولى العبد أن يتقاضى دينه كان عليه دين أو لم يكن لانه ان كان عليه دين فكسبه حق غرمائه والمولى منه كسائر الاجانب مالم يفرغ من الدين وان لم يكن عليه دين فوجوب المال بعقد العبد ولا يكون هو في هذا دون الوكيل وما وجب من الثمن بعقد الوكيل لا يملك الموكل المطالبة به فهذا أولى وكذلك ليس للمولى أن يوكل بذلك وكيلا لانه لا يملك المباشرة بنفسه فلا يوكل به غيره أيضا فان اقتضى هو شيأ أو وكيله جاز ان لم يكن على العبد دين لانه خالص حق المولى لو قبضه العبد سلمه الي المولى فاذا قبضه المولى أو من وكله جاز كما في الموكل اذا قبض الثمن بتسليم المشترى اليه واذا كان على العبد دين لم يجز لان حق الغرماء متعلق بكسبه فالمولى كاجنبي آخر (ألا ترى) أنه لو قبض شيأ من أعيان كسبه كان ضامنا بمنزلة أجنبي آخر فلهذا لا يبرأ الغريم بالدفع اليه والوديعة والبضاعة في هذا قياس الدين قال ولو أذن له المولى في التزويج فوكل العبد وكيلا بذلك فرجع المولى عن الاذن في التزويج فان علم به الوكيل خرج عن الوكالة واذا لم يعلم به فهو على وكالته لان العبد في هذا التوكيل نائب عن المولى حتى لا يملك التوكيل الا باذن المولى فهذا الوكيل بمنزلة الوكيل من جهة المولى ثم نهيه العبد عن ان يتزوج عزل لوكيله لانه يظهر بهذا انه غير راض بعيب العبد بالنكاح وتعلق المهر والنفقة بماليته وفي هذا لا يفترق الحال بين عقد العبد وعقد الوكيل فعرفنا أنه بمنزلة العزل للوكيل قصدا فان علم به صار معزولا وان لم يعلم به لا يصير معزولا قال ولو وكل العبد بتقاضي دينه وكيلا ثم باعه المولى باذن الغرماء أو مات العبد خرج وكيله من الوكالة سواء علم به أو لم يعلم كان على العبد دين أو لم يكن لان العزل هنا ثبت حكما لخروج موكله من أن يكون مالكا لذلك التصرف وفي مثله لا يشترط علم الوكيل ولو لم يكن على العبد دين فالمولى يتقاضاه لان الحق تخلص له وان كان عليه دين نصب القاضي وكيلا بتقاضي الدين ليقضي به حق الغرماء لان الحق للغرماء ولكنهم عاجزون عن التقاضي

بانفسهم فينصب القاضي عنهم وكيلا بمنزلة التركة اذا كان على الميت دين وله دين على انسان فاما اذا أعتق المولى العبد فالوكيل على وكالته لان حق العبد في المطالبة والقبض لا يبطل بعتقه بل يتقوى وكذلك لو كاتبه باذن الغرماء لان حق القبض اليه بعد الكتابة كما كان قبلها واذا قال الوكيل قبضته قبل الحجر أو قبل موته لا يصدق لانه أخبر بما يملك استئنافه وقد صار الحق للمولى بعد الحجر اذا تحقق ذلك ببيعه فهو بهذه الدعوى يريد ابطال حق المولى فلم يكن مصدقا في ذلك قال ولو أن عبدا تاجرا له دين على رجل وله به كفيل فوكل رجلا بتقاضي دينه ليتقاضي دينه على فلان كان له أن يتقاضاه من الكفيل أيضا لانه أقامه مقام نفسه في المطالبة بذلك الدين وله أن يطالب الكفيل والاصل جميعا وكذلك لمن قام مقامه وهذا الاصل معروف في كتاب الكفالة ان أصل الدين في ذمة الاصيل وانما يطالب الكفيل بما على الاصيل والوكيل صار مالكا المطالبة بالدين على الاصيل سواء طالب الكفيل أو الاصيل فانما طالب بذلك الدين قال ولو ادعى دارا في يدي رجل فوكل رجلا بالخصومة فيها وبقبضها فباعها ذو اليد وقبضها المشترى كان للوكيل أن يخاصم المشترى لان وكالته بالخصومة كانت مقيدة بالدار لا بالبائع ففي يد من وجدت الدار يكون له أن يخاصمه لانه انما يخاصم في العين التي وكله بالخصومة فيها قال ولو وكله بخصومة فلان في هذه الدار لم يكن له أن يخاصم المشترى لانه قيد الوكالة بخصومة البائع وهذا تقييد مفيد فقد يقاوم الانسان انسانا في الخصومة ولا يقاوم غيره وهو نظير ما لو وكله بأن يبيع عبده هذا كان له ان يبيعه ممن بينا وان قال له بعه من فلان لم يكن له أن يبيعه من غيره وهذا بخلاف ما اذا وكل ذو اليد وكيلا بالخصومة معروفا بين الناس فلما وكله بالخصومة مع ذي اليد مع علمه ان ذا اليد قد يوكل غيره بالخصومة فيه كان هذا رضا منه بالخصومة مع وكيله وهذا لان القضاء اذا توجه على الوكيل يكون على الموكل خاصة والوكيل نائب عنه فلهذا ملك ان يخاصم وكيله وهذا لا يوجد في حق المشترى لانه بالشراء يصير مالكا فانما يخاصم عن نفسه ولا يكون نائبا عن البائع فلهذا فرقنا بينهما قال ولو وكله أن يخاصم فلانا في هذه الدار فاذا الدار في يدى غير فلان لم يكن له أن يخاصم غير فلان ولا فلانا لان الدار ليست في يده والخصومة في دعوى الملك المطلق انما تكون مع ذي اليد والوكالة كانت مقيدة بالخصومة مع فلان فلا يملك ان يخاصم في هذه الوكالة غير فلان وان لم يسم له أحدا كان له أن يخاصم من وجد الدار في يده

لان الوكالة هنا مقيدة بالخصومة فى العين فاذا خاصم فيه ذا اليد فانما يخاصم فى تلك العين فلهذا سمعت خصومته قال ولو كانت الدار فى يدى العبد فوكل وكيلا بالخصومة فيها لفلان المدعى فادعاها آخر لم يكن الوكيل وكيلا فى خصومة هذا الثانى وهو وكيل فى خصومة الأول وخصومة وكيله لانه قيد الوكالة بالخصومة مع فلان فلهذا يملك ذلك قال واذا وكل العبد التاجر وكيلا ببيع أو شراء أو رهن وغير ذلك فأخرج المولى الوكيل من الوكالة فليس ذلك بشئ وهو على وكالته ان كان على العبد دين أو لم يكن لانه حجر خاص فى اذن عام وذلك باطل (ألا ترى) ان المولى بنفسه لو نهى العبد عن ذلك التصرف ولم يحجر عليه لا يعمل نهيه فكذلك اذا منع وكيله منه أو هذا بمنزلة النهى عن التوكيل وكما لا يملك نهيه عن تصرف آخر مع بقاء اذنه فكذلك لا يملك نهيه عن التوكيل لان ذلك من صنع التجار لا يملك اخراج وكيله قل ولو ان العبد وكل مولاه بشئ من ذلك كان جائزا كما لو وكل غير المولى به وليس للمولى بمطلق التوكيل ان يوكل به غيره ولكن لو وكل به غيره فباشره الوكيل فان لم يكن على العبد دين جاز لا بالتوكيل السابق من العبد ولكن ما تصرف فيه خالص ملك المولى لان المولى لو باشره بنفسه صح وان لم يسبق التوكيل من العبد فكذلك اذا وكل به غيره وان كان عليه دين لم يجز لانه لا يملك مباشرة هذا التصرف بنفسه اذا لم يسبق التوكيل من العبد فان كسبه حق غرمائه والوكيل لا يملك ان يوكل غيره قال واذا وكل العبد وكيلا بخصومة فى شئ له ثم حجره مولاه بطلت وكالة الوكيل لما بينا فان أذن له فى التجارة لم يكن الوكيل وكيلا فى ذلك وكذلك البيع والشراء وما أشبههما لان هذا اذن حادث غير الأول ووكالته كانت بحكم الاذن الأول فان لم يعد ذلك لم يعد هذا (ألا ترى) انه لو كان تصرف بنفسه قبل الاذن لا ينفذ بالاذن الحادث فكذلك اذا كان الوكيل فى الأول لا يملك التصرف به فى الاذن الثانى قال ولو كان العبد التاجر بين رجلين وكل وكيلا بشئ من ذلك ثم حجر عليه أحدهما وعلم به الوكيل كان على وكالته ويجوز ما صنع فى حصة الذى لم يحجر عليه لانهما لو حجرا عليه لم يجز تصرف الوكيل فى حقهما بعد ذلك فكذلك اذا حجر عليه احدهما جعلا فى حقه كانهما حجرا عليه وفى حق الآخر كانه لم يحجر عليه واحد منهما ولان فى الابتداء لو كان اذن له أحدهما جاز توكيله بالتصرف فى حصة الذى اذن له فكذلك يبقى الوكيل باعتبار بقائه مأذونا له فى نفسه فاما فى تقاضى الدين فيجوز قبضه فى نصيبهما جميعا

لانهما لو حجرا عليه لم يؤثر الحجر في منع الوكيل من قبض الدين بالتقاضي وكذلك اذا حجر عليه أحدهما قال واذا وكل العبد موليه ببيع شئ أو شرائه ثم حجرا عليه ثم اذنا له فى التجارة وعليه دين ثم باعا ما كان وكلهما ببيعه لم يجز ذلك إلا بوكالة مستقلة لان المولين في هذه لوكالة كغيرهما من الأجانب فان كسب العبد اذا كان مشغولا بالدين لا يملك المولى التصرف فيه إلا بتوكيل وقد بينا أن الوكالة فى الاذن الأول لا تكون سببا لنفوذ تصرفه فى الاذن الثانى فى حق الأجانب فكذلك فى حق المولى قال وليس للعبد ان يوكل وكيلا بخصومة أحد يدعى رقبته أو يدعى جراحة جرحها اياه العبد أو جرح هو العبد ولا بالصلح فى ذلك لانه ليس بخصم فى هذه الاشياء بنفسه بل الخصم فيها مولاه وانما يملك التوكيل بالخصومة فيما يملك مباشرة الخصومة فيه بنفسه فاما فيما لا يملكه بنفسه فلا يملك انابة الوكيل فيه مناب نفسه وله أن يوكل بذلك فى خصومة آخر جنى على عبده من كسبه أو جنى عبده عليه أو يدعى رقبته لانه فى كسبه خصم يملك مباشرة الخصومة بنفسه فيملك ان يوكل غيره به قال واذا أذن الموليان للعبد فى التجارة فوكل وكيلا بشراء أو غيره فباعه أحدهما من آخر فأذن له المشترى فى التجارة فانه ينبغى فى القياس ان تكون الوكالة جائزة فى النصف الذى لم يبع لان الحجر قد ثبت منه فى نصيب من باع نصيبه وانما صار مأذونا باذن حادث بعد ذلك ولو ثبت الحجر فى الكل بطلت الوكالة ثم لا يعود بعد ذلك بسبب الاذن الحادث فكذلك اذا ثبت الحجر فى النصف اعتبارا للبعض بالكل ولكن فى الاستحسان الوكالة جائزة فى جميع ذلك لان ببيع النصف لم يصر العبد محجورا عليه (ألا ترى) أن ابتداء التوكيل يصح منه بعد بيع البعض فلان يبقى أولى وهذا لان الحق بهذا الشراء انما خاص لمن هو راض بتصرف العبد أو خاص الحق لمن هو وكيل وخلوص الحق له لا يجوز أن يكون مبطلا لحقه فلهذا بقى الوكيل على وكالته فى الكل قال واذا كانت الامة مؤجرة وعليها دين فاذن لها مولاها بالتزوج فهو جائز لان المولى لو زوجها بغير اذن الغرماء جاز فان فيه منفعة للغرماء لانها تتمكن من قضاء ديونها من مهرها والزوج يعينها على الاكتساب لتقضي به ديونهم فكذلك اذا زوجت نفسها باذن المولى ولو وكلت وكيلا بذلك فانزوجها وكيلها وهى حاضرة جاز وان زوجها وهى غائبة لم يجز الا أن تخبره بعد ذلك لانها بمنزلة الوكيل للمولي والوكيل ليس له أن يوكل غيره بما وكل به ليعقد الا بحضرته فاذا كانت

حاضرة كانت مباشرة وكيلها كمباشرتها وان كانت غائبة لم يتم عقد الوكيل الا برأيهما وانما يحصل رأيها بالاجازة قال واذا وكل العبد المحجور عليه وكيلا بشراء شيء ثم أعتق أو كوتب أو أذن له المولي فى التجارة فاشترى ذلك فى القياس لا يصير مشتريا للعبد لان سبق ثبوت حق التصرف للعبد فكان باطلا بمنزلة سائر تصرفاته والعتق والكتابة والاذن بعد ذلك مقصور على الحال ولا يستند الى وقت التوكيل باطلا فكان الوكيل مشتريا لنفسه ولكن فى لاستحسان تجوز هذه التصرفات علي العبد لان التوكيل غير مقصود لعينه لما نفذه من التصرفات ووقت التصرف الآمر أهل أن يباشره بنفسه فيجوز مباشرة وكيله له إما لانه لاضرر على المولى فى مباشرة تصحيح الوكالة أو لان الاستدامة بعد العتق والكتابة والاذن بمنزلة إنشاء التوكيل وفرق بين هذا وبين الصبي يوكل بالبيع أو بالشراء ثم يدرك أو يأذن له أبوه فيه فيمضيه الوكيل عليه فانه لا يجوز الا أن يجيزه الصبي فيما يحتمل التوقيت لان توكيله قبل الاذن غير معتبر فى حق نفسه فانه محجور عن التصرف لحق لنفسه والاذن والادراك لا يستند حكمه الي وقت التوكيل فاما توكيل العبد في نفسه فصحيح لكونه أهلا لذلك والحجر عليه عن التصرف لحق المولي فاذا سقط حق المولى بالكتابة والعتق والاذن نفذ تصرف الوكيل عليه * توضيحه ان امتناع توكيل الصبي كان لمعنى لا يزول ذلك المعنى بالاذن ولا بالادراك لان التوكيل نفع له فى الحالين فاذا كان قبل الاذن والادراك لم يجز تصرفه له بحكم الوكالة فكذلك بعده وأما امتناع نفوذ تصرف وكيل العبد فى حق العتق والكتابة والاذن كان لمعنى يزول ذلك بهذه الاسباب وذلك المعنى هو أن حكم تصرف الوكيل يلاقى حق المولى وذلك يزول بهذه الاسباب فيجعل استدامة الوكالة كانشائها بعد هذه الاسباب قال ولو وكل العبد وكيلا أن يكاتب مولاه عليه فى عمل لم يكن علي الوكيل من المال شئ وان ضمنه ولو وكله أن يشترى له نفسه من مولاه فاشتراه وبينه لمولاه عتق والمال علي الوكيل وهذا موافق لرواية الجامع وقد ذكر هذا الفصل فيما سبق وأجاب بخلاف هذا وقد بينا وجه الروايتين ثم على ما ذكر هنا وفى الجامع الفرق بين الكتابة والعتق أن يقول هو لا يوجب للعبد مالا بعقد الكتابة وانما يوجب له ملك اليد والمكاسب فلم يكن هذا التصرف فى حق وكيل العبد بمنزلة مبادلة مال بمال فلهذا لا يجب على الوكيل شئ من ذلك المال فاما فى العتق فلان المولى يزيل عن ملكه ماهو مال بازاء مال يستوجبه على العبد فكان هذا فى حق وكيل العبد

بمنزلة مبادلة مال بمـال ثم فى باب الكتابة وان ضمن الوكيل البدل لا يكون مطالبابه لانه
بمباشرة العقد لا تتوجه عليه المطالبة ببدل الكتابة فلو لزمه انما يلزمه بحكم الكفالة ببدل الكتابة
وهو لا يصح كما لو كفل به غيره وفى العتق بمال اذا أداه وكيل العبد غرمه نائبه اذا كان المال
فى يده قبل العتق لان ذلك المال ملك المولى فلا يسقط به ماوجب له على الوكيل بالعقد ولكنه
يطالب الوكيل ليؤديه من مال نفسه ثم رجع به على العبد لانه التزمه بأمره فحصل مقصوده
له وان كان الوكيل وكيـل المولى لم يكن له أن يقبض المال من العبد وقد بينا الفرق بين
وكيل المولى ووكيل العبد أن الذى من جانب المولى اعتاق والمعتق هو المولى دون الوكيل
حتى كان الولاء له فلا يكون الوكيل في حكم المستحق للبدل فأما في جانب العبد فهو التزام
المال ويمكن أن يجعل الوكيل ملتزما المال قال واذا وكل العبد وكيلا فى خصومة أو بيع أو شراء
ثم أبق العبد خرج الوكيـل من الوكالة لان الاباق من المأذون حجر عليه وبالحجر يخرج
العبد من أن يكون مالكا لما وكل الوكيل به فيكون ذلك موجبا عزل الوكيل كما لو حجر
عليه المولى وان كان الوكيل عبدا فابق فهو على الوكالة غـير انه لا يلزمه عهدة فى شىء لان
صيرورته محجورا عليه لا تبقى صحة التوكيل في الابتـداء وانما تبقى لزوم العهدة فكذلك اذا
صار محجورا عليه بعد التوكيل وعزل المطالب يبطل وكالة وكيله فى العقود والخصومات الا
فى تقاضى الدين الذي ولاه المكاتب أو قضائه لان عجزه يوجب الحجر عليه عن أسباب
التصرفات فيخرج وكيله من الوكالة ولا يوجب الحجر عليه عن قضاء الدين واقتضائه فكذلك
لا يوجب عزل وكيله عن ذلك فان كوتب بعد ذلك لم تعـد الوكالة التى بطلت لان صحتها
كانت باعتبار ملك المولى التصرف عند التوكيل وقد زال ذلك بعـد العجز ولم يعد بالكتابة
الثانية وقد بينا نظيره فى الاذن بالتجارة فكذلك فى الكتابة وهذا بخلاف المحجور عليه يوكل
وكيلا ثم يكاتب أو يأذن له على طريقة الاستحسان لان صحة التوكيل هناك لم تكن باعتبار
ملك التصرف الذي هو نائب للآمر وقت الوكالة وانما ذلك باعتبار ما يحدث له عند التصرف
باعتبار الكتابة أو الاذن وقد وجد ذلك وهذا نظير رجل تحته أربع نسوة فوكل رجلا بأن
يزوجه امرأة فزوجه بعد ما فارق احداهن جاز ذلك ولو كان تزوج أربعا بعـد الوكالة ثم
فارق احداهن لم يكن للوكيل ان يزوجه بحكم تلك الوكالة والفرق ما ذكرنا قال وتوكيل
المكاتب وكيلا بالخصومة فى جناية خطأ أو عمدا لا قصاص فيما يدعي قبله أو قبل عبده جائز

لانه هو الخصم في ذلك كله وان موجب جنايته فى كسبه فيلزمه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية فلهذا صح توكيله به بخلاف المأذون فانه ليس بخصم في جناية نفسه لان موجبه على مولاه لافى كسبه فلا يصح توكيله بالخصومة فى الخصومة وتوكيل المكاتب بمخاصمة المولي فى الكتابة أو غيرها جائزة لانه مالك للخصومة بنفسه معه فيجوز توكيله به كما فى الخصومة مع غيره قال عبد بين رجلين كاتبه أحدهما فى نصيبه بغير اذن شريكه فوكل المكاتب ببيع أو شراء أو خصومة فهو جائز فى نصيب الذى كاتبه لان كتابته فى نفسه صحيحة مالم يفسخ شريكه ذلك ولو كان مكان الكتابة اذنا منه للعبد فى نصيبه جاز توكيله باعتبار ذلك فى نصيب الآذن فلان يجوز بعد الكتابة كان ذلك بطريق الأولى فان كاتبه الآخر بعد ذلك جاز فعل الوكيل في نصيبهما استحسانا أما فى نصيب المكاتب الاول فلا اشكال فيه وأما فى نصيب المكاتب الثانى فلانه لو كان محجورا عليه حين وكل ثم كاتبه مولاه جاز تصرف الولى استحسانا فكذلك هنا لان أكثر مافى الباب ان يكون نصيبه كعبد على حدة ولو كان مكاتبا لهما فوكل وكيلا بشيء من ذلك ثم عجز عن نصيب أحدهما ففعل ذلك الوكيل فعلا جاز فى نصيبهما جميعا وكان ينبغى ان لا يجوز في نصيب الذى عجز بمنزلة مالو عجز في نصيبهما ولكنه قال مساعدة كل واحد منهما صاحبه على الكتابة تكون اذنا منه له فى كتابة نصيبه ولهذا لا يملك فسخه فى نصيب شريكه بعد ذلك فلما عجز عن نصيب أحدهما بقيت الكتابة فى نصيب الآخر باذن الشريك فهو بمنزلة عبد بين رجلين كاتب أحدهما نصيبه باذن صاحبه ثم وكل العبد بشيء من أنواع التجارات فيكون ذلك صحيحا من الوكيل في جميع ذلك كما يصح فى المكاتب نفسه فان قيل هذا لا يشبه ذلك لان هناك اذنه لشريكه من الوكيل فى ان يكاتب نصيبه يتضمن الاذن للعبد فى التجارة فى نصيب نفسه وهنا بعد العجز لا يبقى نصيبه مأذونا فينبغى ان لا ينفذ تصرف الوكيل ولا تصرف العبد فى نصيبه قلنا ليس كذلك بل من ضرورة بقاء الكتابة لازمة فى نصيب الشريك كون نصيبه مأذونا وليس من ضرورة فسخ الكتابة فى نصيبه الحجر عليه عن التصرفات لا محالة فيبقي نصيبه مأذونا كما كان فى الابتداء لو أذن له ان يكاتب نصيبه قال واذا وكل المكاتب وكيلا بقبض هبة له فقبضها الوكيل بعد عجز المكاتب أو بعد عتقه جاز لان عجز الموكل لا يمنع صحة التوكيل بقبض الهبة كما لا يمنع صحة مباشرته بنفسه فكذلك لا يمنع بقاء الوكالة فان قبضها بعد موته لم يجز لان موته يخرجه من أن يكون أهلا

للقبض بحكم الهبة ويكون مبطلا لعقد الهبة فيوجب اخراج الوكيل من الوكالة أيضا قال ولو كان المكاتب بين رجلين فوكله أحدهما بقبض دين له على آخر أو على غيره أو ببيع أو شراء من الآخر أو من غيره فهو جائز لانه ما بقي عقد الكتابة فكل واحد من المولين ينزل منزلة أجنبي آخر وكذلك ان وكله أحدهما ببيع عبد من الآخر أو من غيره أو بالخصومة مع الآخر أو غيره فهو جائز للمعنى الذى قلنا وكذلك لو كانت الخصومة بينه وبين موليبه جميعا فوكل ابن أحدهما بذلك أو عبده أو مكاتبه أو وكله بالبيع أو الشراء فهو جائز كما يجوز مع سائر الأجانب لانه ملك الخصومة معه بنفسه فيجوز ان يستعين في ذلك بابن الخصم أو بعبده أو مكاتبه ليكون نائبا عنه فى هذه الخصومة قال ولو وكل هذا المكاتب وكيلا بدفع نصيب أحدهما اليه وغاب لم يكن للآخر ان يأخذ من الوكيل شيئا لانه فى نصيبه ليس بوكيل من جهته فى الدفع فلا يكون له أن يطالبه بشئ كما لا يطالبه به قبل التوكيل وكذلك لو كان وكل وكيلا بقضاء دين عليه ودفع المال اليه فأراد مولياه أو غيرهما ان يقبضوا ذلك من الوكيل لم يكن لهم ذلك لان التوكيل كان مقيدا بالدفع الى صاحب ذلك الدين ففى المولين أو غريم آخر يكون الحال بعد التوكيل كالحال قبله (ألا ترى) ان مطالب المكاتب بنفسه لو قضى دين هذا الرجل لم يكن للمولين على ما قبضه سبيل فكذلك اذا دفعه الى رجل ليقضي به دينه قال واذا أمر المكاتب رجلا أن يشتري له عبد فلان من فلان فاشتراه الوكيل من فلان أو من وكيله أو من رجل اشتراه منه فهو جائز لان مقصوده سلامة العبد له وقد قيد الوكالة بذلك العبد وهو مشتر لذلك العبد ممن اشتراه فحصل مقصوده فنفذ تصرفه عليه قال ولو أمر رجلا ان يبيع عبدا له من فلان فباعه من غيره وليس بوكيله لم يجز لانه قيد الوكالة بالبيع من فلان وله فى ذلك غرض لا يحصل ذلك الغرض بالبيع من غيره اما لان الناس يتفاوتون فى الملاءة والمماطلة فى قضاء الدين أو لانه أراد أن يؤثره على نفسه بذلك العبد لعلمه انه يتمكن من الاسترداد منه بالاقالة أو الشراء المبتدإ الذى أراد ذلك ولا يتمكن منه اذا باعه من غيره ولم يبين أنه اذا باع من وكيل فلان يجوز أم لا وعلى قضية الطريقة الأولى لا يجوز لان المطالبة بالثمن تكون على الوكيل دون الموكل وعلى الطريقة الثانية يجوز لان الملك فى المبدا انما يحصل بشراء الوكيل للموكل وهذا هو الأصح قال واذا وكل المكاتب وكيلا بتقاضي دين له على رجل ثم عجز المكاتب ورد فى الرق فقال قد قبضت ما عليك غيرها فهو مصدق فى ذلك أيضا

لأنه فى الدين الواجب بعقده بمنزلة الحر فكما ان اقرار الحر ببيان مقدار الدين صحيح فكذلك اقرار المكاتب به بعد عجزه عن اداء الكتابة أو قبله واقرار وكيله انما يصح بما فوضه الموكل اليه وهو القبض والله أعلم بالصواب

باب الوكالة فى النكاح

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا بان يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياه باكثر من مهر مثلها جاز فى قول أبى حنيفة رحمه الله بناء على أصله أن المطلق يجرى على اطلاقه حتى يقوم دليل التقييد وعندهما لا يلزمه النكاح اذا زاد أكثر مما يتغابن الناس فيه لان التقييد عندهما يثبت بدليل العرف وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الوكيل بالشراء فان هناك اذا زاد يصير مشتريا لنفسه لانه لم يضف أصل العقد الى الموكل وانما أضافه الى نفسه فتتمكن التهمة فى تصرفه من حيث انه قصد الشراء لنفسه ولما علم بغلاء الثمن حوله الى الآمر وفى النكاح يضيف العقد الى الموكل فلا تتمكن فيه التهمة ولو أضاف العقد الى نفسه بأن تزوجها كانت امرأته دون الموكل بخلاف الشراء فان هناك يجوز أن يثبت حكم العقد لغير من يضاف اليه العقد ولا يجوز مثله فى النكاح بل يثبت الملك لمن يضاف اليه العقد (ألا ترى) أن ملك اليمين يثبت للمولى بسبب مضاف الى عبده ولا يثبت ملك النكاح بمثله قال ولو وكله أن يزوجه امرأة ولم يسمها فزوجها اياه وليست بكفؤ له فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله هو جائز لاطلاق التوكيل وعندهما فى القياس يجوز أيضا لان التقييد بدليل العرف والعرف مشترك هنا فقد يتزوج الرجل من ليست بكفؤ له لان الكفاءة غير مطلوبة من جانب النساء فان نسب الاولاد الى الآباء فيبقى مطلق التوكيل عند تعارض دليل العرف ولكنهما استحسنا فقالا لا يجوز لان المرء مندوب شرعا أن يتزوج من يكافئه دون من لا يكافئه قال صلى الله عليه وسلم تخيروا لنطفكم الا كفاء والغالب أن مراده بهذا التوكيل نكاح من يكافئه لانه غير عاجز بنفسه عن التزوج اذا كان يرضى بمن لا يكافئه قال أرأيت لو كان الموكل من قريش فزوجه الوكيل أمة أو نصرانية أو حبشية أو كتابية أنجيزه عليه أم لا قال وبهذا الاستشهاد أشار الى الخليفة قال ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياها على عبد للزوج فانه لا يجوز أن يمهرها العبد الا أن يسلمه الزوج لانه ماسلطه على ازالة الملك عن عين العبد اذ

ليس من ضرورة ما أمره به زوال ملكه عن شيء من أعيان ماله ثم في القياس لا يجوز النكاح لانه خالف حين سمى مالم يأمره بتسمية فكانه أمره بالتزويج فعقد بألفين ولكنه استحسن فقال يجوز النكاح لانه لم يخالف ماأمره به نصا فانه كما لم يؤمر بتسمية العبد صداقا لم ينه عن ذلك ولكن امتنعت صحة التسمية فى حق العبد لما قلنا وذلك لايمنع جواز أصل النكاح كمن تزوج امرأة على عبد للغير يصح النكاح ولها قيمة العبد ان لم يرض صاحب العبد وهذا مثله بخلاف الالفين حيث خالف هناك ماأمره به نصا قال وان زوجه على وصف بغير عينه جاز لان هذه التسمية باعتبار مالية الوصف ولهذا لو أتاها بالقيمة أجبرت على القبول ووجوب المال على الزوج من ضرورة ما أمر به الوكيل وهو النكاح قال الله تعالى أن تبتغوا بأموالكم ولان فيه تحصيل ملك النكاح للزوج من غير زوال شيء من أعيان ماله من ملكه ثم هذا عند أبي حنيفة رحمه الله لا يشكل وعندهما كذلك فان التوكيل عندهما يتقيد بالنقد بدليل العرف والعرف فى الصداق مشترك فيصح تسمية النقد وغير النقد حتى اذا زوجه على بيت وخادم أو على عشرة أكرار حنطة موصوفة أو غير موصوفة فذلك جائز كما لو باشره الموكل بنفسه وكذلك لو زوجه على جراحة جرحها الزوج ولها ارش جاز لان الواجب من الارش دراهم أودنانير فتسمية ذلك كتسمية الدراهم ثم يصير قصاصا بارش الجراحة قال ولو وكله ببيع عبده فزوجه امرأة على رقبته لم يجز لانه باشر عقدا غير ما أمر به بعقد يكون العبد معقودا عليه مقصودا حتى لا ينقضي العبد بهلاكه وقد أتى بعقد يكون المقصود فيه ملك البضع دون العبد حتي لا ينقضي العقد بهلاكه قبل التسليم ولان البيع اسم خاص لمبادلة مال بمال ولان تقابل العبد في النكاح ليس بمال وعلى هذا لو صالح به عن جراحة فيها قصاص أو استأجر به له دارا لم يجز لما قلنا قال وان وكله أن يزوجه امرأة لم يسمها فزوجه ابنته لم يجز فى قول أبي حنيفة رحمه الله الا أن يرضى الزوج وعندهما يجوز اذا كانت كبيرة ورضيت بذلك للاصل الذى قلنا ان مطلق التوكيل عند أبي حنيفة رحمه الله لايملك التصرف مع ولده للتهمة فالتهمة دليل تقييد المطلق وعندهما يملك ذلك ولو كان الولد صغيرا لم يجز ذلك بالاتفاق لانه هو الموجب والقابل فكان ذلك بمنزلة عقده مع نفسه ومطلق التوكيل لا يملك العقد مع نفسه وان زوجه اخته جاز لانه غير متهم فى حقها قال ولو زوجه امرأة عمياء أو معتوهة أو رتقاء أو ذمية أو مفلوجة جاز فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهذا على أصل أبي حنيفة رحمه

الله غير مشكل لانه فى التوكيل سمى المرأة مطلقا وانما الاشكال على قولهما وقد بينا مثله فى الشراء أنه لايجوز عندهما وكذلك فى النكاح ولكنهما قالا النكاح لايختل بهذه العيوب وانما تختل صفة المالية ولهذا يثبت له بالشراء حق الرد بهذه العيوب ولا يثبت فى النكاح فلهذا صح من الوكالة ولان هناك لولم نجوز العقد على الآمر جعلنا الوكيل مشتريا لنفسه شراء صحيحا وهنا لولم نجز على الآمر بطل أصل العقد فلا يمكن اثبات هذا الحكم بالقياس على ذلك قال ولو أمر رجلا أن يزوجه امرأة من قبيلة أو من بلدة فزوجه امرأة من قبيلة أخرى أو من بلدة أخرى لم يجز لتقييد الوكالة بما سمى ومباشرة الوكيل بخلاف ما سمى قال ولو وكله أن يزوجه امرأة وجعلها الوكيل طالقا ان أخرجها الزوج من الكوفة فالنكاح جائز والشرط باطل لانه امتثل أمره ثم تصرف تصرفا لم يأمره به وهو تعليق طلاقها بالاخراج ولئن جعل هذا شرطا في النكاح فهو شرط باطل من الوكيل والشرط لا يهدم النكاح كما لوتزوج بنفسه وشرط شرطا باطلا وكذلك لو شرط لها الوكيل أن لا يخرجها من الكوفة جاز النكاح وبطل الشرط كما لو تزوجها الموكل بنفسه بهذا الشرط الا ان حطت من مهر مثلها لان رضاها بالنقصان لمنفعة مشروطة فاذا لم يقبل كان لها مهر مثلها ولو قال زوجنى فلانة على مائة درهم فان أبت فاعطها ما بين مائة ومائتين فأبت المائة فزوجها اياه على مائتين فذلك لازم للزوج لان الوكالة لا يتعلق بها اللزوم والغاية تدخل في مثله بالاتفاق كما في الاباحات اذا قال خذ من مالى من درهم الى مائة فله ان يأخذ المائة قال وان وكله أن يزوجه امرأة على بيت وخادم ففعل وقال الزوج عنيت أرضا ميتة لم يصدق لان مطلق التسمية فى عقود المعاوضات ينصرف الى المتعارف والمتعارف من تسمية البيت فى الصداق متاع البيت وان زوجها الوكيل على بيت من داره فقال الزوج عنيت أثاث البيت فالقول قوله لانه هو المتعارف وقد سمى الوكيل غير ما أمر به نصا فلا يجوز النكاح بينهما أصلا قال وان أرسل رجل رجلا يخطب عليه امرأة بعينها فذهب الرسول وزوجها اياه فهو جائز لانه أمر الرسول بالخطبة وتمام الخطبة بالعقد وقد بينا أن المأمور بالشئ مأمور باتمام ذلك الشئ والعاقد فى باب النكاح سفير ومعبر كالرسول ولو وكله أن يزوجه امرأة فزوجها اياه على خمر أو خنزير أو على غير مهر أو على حكمها فالنكاح جائز لانه لم يخالف ما أمره به نصا وانما فسدت التسمية شرعا وذلك لايمنع صحة النكاح كما لو تزوجها الموكل بنفسه وان زوجها اياه على دار رجل أو على عبده جاز النكاح ولها قيمة ذلك

لانه غير مخالف للآمره به نصا ولكن صاحبه استحق عين ملكه فيكون لها قيمته صداقا على الزوج كما لو زوجها بنفسه قال وان زوجه امرأة معتدة أولها زوج قد دخل بها الزوج ولم يعلم بذلك فرق بينهما وعليه الاول من مهر المثل ومما سمى لها لان الدخول حصل باعتبار صورة العقد فسقط به الحد ويجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل وهو الحكم في النكاح الفاسد ولا ضمان على الوكيل فى ذلك لان مالزم الزوج انما لزمه بفعله وهو الدخول لا بعقد الوكيل فان العقد الباطل لا يوجب شيئا ولا كذلك ان كانت أم امرأة الزوج والوكيل يعلم بذلك ولا يعلم لما بينا ان ما يلحق الزوج من الأقل من مهر المثل ومما سمى للموطوءة من فساد نكاح امرأته وغير ذلك وكان كل ذلك باعتبار فعل الزوج لا بعقد الوكيل فلا يرجع على الوكيل بشيء قال واذا وكله أن يزوجه امرأة بعينها على ألف درهم فزوجها اياه بألف درهم وكرامتها فان كان مهر مثلها أكثر من الألف لم يجز النكاح لانه لو جاز النكاح كان لها تمام مهر مثلها كما لو باشره الموكل بنفسه فهذا فى معنى تسمية الزيادة على الالف لها فيكون مخالفا لما سمى له نصا ويستوى ان ضمن الوكيل الكرامة أو لم يضمن لها لانه لو سمى لها الزيادة قدرا معلوما ضمنها من مال نفسه لم يجز النكاح فهنا أولى وكذلك ان شرط مع ذلك طلاق امرأة أخري ففى هذا الشرط منفعة لها فهو قياس مالو شرط كرامتها قال ولو وكله أن يزوجه أمة فزوجه حرة لم يجز لانه خالف المأمور نصا وفى هذا التقييد منفعة للزوج وهو ان لا يؤوي الحرة التى تحته فى القسم وكذلك مؤنة الأمة دون مؤنة الحرة وان زوجه مكاتبة أو مدبرة أو أم ولد جاز لان هؤلاء فى حكم النكاح كالأمة الا أنه يصير محصنا بالدخول بهن بالنكاح كما فى الأمة قال وان وكله أن يزوجه امرأة فزوجه صغيرة لا يجامع مثلها فهو جائز لان اسم المرأة اسم جنس يتناول الصغير والكبير وملك النكاح يثبت على الصغيرة حسبما يثبت على الكبيرة وانما كان مقصود المجامعة متأخرا لصغرها ولو كان فائتا بأن كانت رتقاء أو قرناء لم يكن الوكيل به مخالفا فهنا أولي قال وان وكله أن يزوجه امرأة بعينها على ألف درهم ومهر مثلها ألفان فزوجها الوكيل بألف وشرط أن لا يتزوج عليها أولا يخرجها من الكوفة لم يجز النكاح لانه لو جاز كان لها كمال مهر مثلها باعتبار ماسمى لها اذا لم يف الزوج بالشرط والوفاء بهذا الشرط لا يلزمه كما لو التزمه بنفسه وكان هذا في معنى تزويجه اياه باكثر مما سمى له قال ولو وكله أن يزوجه امرأة فزوجه امرأة قد حلف الزوج بطلاقها أن لا يتزوجها أو كان آلى منها أو

ظاهرها أو كانت في عدة منه والنكاح جائز لانه أطلق اسم المرأة في التوكيل وذلك يتناولها كما يتناول غيرها قال ولو وكله أن يزوجه امرأة فزوجه امرأتين في عقد لم يلزم الزوج واحدة منهما وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا يلزمه واحدة منهما يختار أيتهما شاء ثم رجع الى قولهما * وجه قوله الاول انه في العقد على احداهما ممتثل أمر الزوج فينفذ عليه ذلك اذ لا يبعد أن يكون ملك النكاح له في امرأة يعبر عنها ويتعين باختياره كما لو طلق احدى امرأتيه بغير عينها ثلاثا * وجه قوله الآخر أن عقد النكاح عقد تمليك فلا يملك اثباته في المجهول ابتداء لانه انما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالخطر فان الثابت في غير المعين في الحكم كالمتعلق به لخطر البيان ولا يمكن اثباته في احداهما بعينها لانه ليست احداهما بأولى من الاخرى ولا فيهما لان الموكل لم يرض بنكاح امرأتين ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها فزوجه تلك وأخري معها لزمته تلك دون الاخرى لانه في ملك المرأة ممتثل أمره لحصول مقصوده فان حكم النكاح لا يختلف بضم الاخرى اليها قال ولو وكله ان يزوجه امرأة فاختلف الزوج والوكيل فقال الزوج زوجتني هذه وقال الوكيل لا بل زوجتك هذه فالقول قول الزوج اذا صدقته المرأة لان الوكيل في النكاح معبر والزوج انما يملك عليها لا على الوكيل وقد تصادقا على النكاح فيثبت بتصادقهما ولا قول للوكيل في ذلك قال ولو وكله أن يزوجه فلانة أو فلانة فايتهما زوجه جاز لان التوكيل مبنى على التوسع فهذا القيد من الجهالة لا يمنع صحته وان زوجهما جميعا منه لم يجز نكاح واحدة منهما لانه مأمور بنكاح احداهما بغير عينها فلا يمكن تصحيح نكاحهما للزوج ولا نكاح احداهما بعينها اذ ليست احداهما بأولى من الاخرى ولا احداهما بغير عينها لان النكاح في المجهول لا يثبت ابتداء قال ولو وكل رجلا أن يزوجه امرأة ووكل آخر بمثل ذلك فزوجه كل واحد منهما امرأة واذا هما اختان جاز نكاح الاولى منهما لانه ممتثل أمره ولم يجز نكاح الثانية لا لانه مخالف ولكن لان الموكل لو فعله بنفسه لا يجوز لانه يصير به جامعا بين الاختين وان وقع النكاحان معا فالنكاح باطل لان الجمع بين الاختين حرام وقد حصل بهما معا وليس تصحيح نكاح احداهما بأولى من الاخرى كما لو تزوجهما الموكل بنفسه في عقدة واحدة وكذلك لو وكل خمسة رهط أن يزوجه كل واحد منهم امرأة فالجمع بين ما زاد على الاربع بالنكاح حرام كالجمع بين الاختين فكان هذا مثل الاول قال ولو زوج رجل رجلا من غير وكالة أختين في عقدتين أو خمس نسوة في

عقدمتفرقة كان له أن يختار احدى الاختين أو أى أربع شاء من الخمس لان العقود كلها تتوقف
على اجازته فان الجمع بين نكاح الاختين لا يكون نافذا بل موقوفا والعقد الموقوف لا يوجب
الحل ولا يثبت الفراش فلا يكون من ضرورة توقف العقد الاول امتناع توقف الثانى ولا من
ضرورة توقف العقد الثانى بطلان الاول فاذا توقف الكل كان له أن يختار ما شاء من ذلك
على وجه لا يحصل به الجمع بين الاختين ولا بين خمس نسوة وان كان ذلك فى عقد واحد
لم يكن له أن يختار نكاح شئ منهن لانه انما يتوقف على اجازته ما يتصور نفوذه بالاذن السابق
وهو لا يجوز لو باشره بنفسه وهذا العقد لا ينفذ بمباشرته ولا باذنه سابقا فلا يتوقف على اجازته
بخلاف العقود المتفرقة فان كل عقد من ذلك معتبر على حدته وهو مما ينفذ بمباشرته وباذنه
السابق فيتوقف على اجازته أيضا قال وان وكله أن يزوجه من النساء ما شاء وكيف شاء فزوجه
أمة مسلمة أو كتابية أو أربع اماء جاز لانه فوض الأمر الى رأيه على العموم فمباشرته فيما
يكون من جنس التزويج كمباشرة الموكل بنفسه قال وان وكله أن يزوجه امرأتين فى عقدة
فزوجه واحدة جاز لانه امتثل أمره فى بعض ما أمر به وحكم نكاح هذه لا يختلف بضم
نكاح الاخرى اليها فلا يكون هذا التفريق من الوكيل خلافا للأصل الذى بينا أن التقييد
انما يعتبر اذا كان مفيدا وهذا التقييد غير مفيد ولو كان قال لا يزوجنى الا اثنين فى عقدة
واحدة لم يلزمه نكاح امرأة واحدة لانه نهاه عن العقد هنا واستثنى عقدا واحدا فما
لا يكون بصفة المستثنى فهو داخل فى عموم النهى بخلاف الأولى فانه ما نهاه عن شئ نصا
بل أمره وقيد الامر بما ليس بمقيد وهو نظير ما سبق اذا قال لا تبع الا بشهود فباع بغير شهود
لا يجوز بخلاف ما لو باع وقد قال له بع بشهود قال ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها فاذا لها زوج
فمات عنها أو طلقها وانقضت عدتها ثم زوجها اياه الوكيل جاز لانها لما لم تكن محلا عند التوكيل
لما أمر به الموكل صار التوكيل كالمضاف الى ما بعد صيرورتها محلا فان التوكيل يحتمل الاضافة
ويحصل مقصود الموكل فى ذلك ولو تزوجها الموكل ثم أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها اياه
لان ما قصد تحصيله بتصرف الوكيل قد حصل له بمباشرته فاوجب ذلك عزل الوكيل ثم
لا يعود التوكيل بالابانة لانه ليس بفسخ لذلك العقد من الاصل قال ولو تزوجها الوكيل ودخل
بها ثم أبانها وانقضت عدتها ثم زوجها اياه جاز لان مقصود الموكل لم يحصل بمباشرة الوكيل
العقد الأول مع نفسه ولا منافاة بين ذلك العقد وبين الوكالة (ألا ترى) أن ابتداء التوكيل

بعده صحيح حتى اذا فارقها زوجها منه فبقاؤها أولى ولو ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وأسلمت فزوجها اياه الوكيل جاز فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله ولم يجز عندهما لان من أصلهما أن تسمية المرأة مطلقا فى التوكيل ينصرف الى الحرة دون الأمة ومن أصل أبى حنيفة رحمه الله أنه لايتقيد بالحرة فكذلك التوكيل فى المرأة المعينة وعندهما يتقيد بحال حريتها فبعد ماصارت أمة لايجوز تزويجها منه وعند أبى حنيفة رحمه الله لايتقيد فتى زوجها منه كان ممتثلا أمره قال ولو كان الموكل تزوج أمها أو ذات رحم محرم منها أو أربعا سواها خرج الوكيل من الوكالة لانه صار بحال لايملك مباشرة العقد عليها بنفسه بما أحدث من التصرف وذلك عزل منه للوكيل وقد سبق نظائره قال ولو كان الموكل قال ان تزوجتها فهى طالق فليس هذا باخراج له من الوكالة لانه ماصار بحال لايملك مباشرة العقد عليها بما أحدث فانه ان تزوجها بعد يمينه صح النكاح فيبقي الوكيل على وكالته أيضا قال واذا وكلت المرأة رجلا أن يزوجها فزوجها من غير كفؤ لها لم يجز قيل هذا قولهما وهو قياس رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى فى أن المرأة لاتملك ان تزوج نفسها من غير كفؤ وأما على ظاهر الرواية فينبغى أن يجوز نكاح الوكيل عنده لانها لو زوجت نفسها من غير كفؤ كان جائزا وان كان للأولياء حق الاعتراض عليها والاصح قولهم جميعا لانها ممنوعة من أن تزوج نفسها من غير كفؤ ومطلق التوكيل ينصرف الى ما يجوز للموكل أن يفعله بنفسه شرعا دون مايكون ممنوعا عنده فيقيد مطلق التوكيل بهذا الدليل ولان مقصودها لم يتم بالتزويج من غير كفؤ لان للاولياء حق الاعتراض عليها وانما ينصرف مطلق التوكيل الى عقد يتم لها به مقصود النكاح وان كان كفوءا لها غير انه أعمى أو مقعد أو صبي فهو جائز لان مقصود النكاح يتم لها بما صنعه الوكيل وكذلك ان كان عنينا أو خصيا فالنكاح جائز ويؤجل كما لو زوجت هى نفسها ثم علمت بهذا العيب من الزوج قال وان زوجها الوكيل من نفسه لم يجز لانها أمرته أن يكون مزوجا لامتزوجا ولانه فى حق نفسه متهم والتهمة دليل التقييد ولو زوجها ابنه أو أباه لم يجز عند أبى حنيفة رحمه الله وجاز عندهما الا أن يكون الابن صغيرا فحينئذ لا يجوز لانه لا يباشر العقد مع نفسه وقد بينا هذا فى جانبه قال واذا وكلته أن يزوجها فزوجها على مهر صحيح أو فاسد أو وهبها لرجل بشهود أو تصدق بها على رجل وقبل ذلك الرجل فهو جائز لانه مأمور بالتزويج وقد أتى به فان

لفظ الهبة والصدقة عبارة عن التزويج مجازا وترك تسمية الصداق لايمنع حصول المقصود بالنكاح ولا وجوب الصداق وكذلك فساد التسمية كما لو باشرته هي بنفسها قال وان زوجهااياه على ألف درهم على ان زاد عبدا لها فالنكاح جائز ولها أن تمنع العبدلانها مارضيت بزوال العبد عن ملكها ولكن الزوج سمى الالف بمقابلة نكاحها والعبد فاذا لم تسلم له العبد فبمنعها بطلت حصته من الالف وجازالنكاح بحصتها من الالف قال ولو تزوجت هي قبل أن يزوجها الوكيل فقدأخرجته من الوكالة لانها حصلت ماهو مقصودها بالتوكيل وكذلك لو ارتدت لانها خرجت من أن تكون محلا بما أحدثت فيكون ذلك منها عزلا لوكيلها سواء لحقت بدار الحرب أولم تلحق قال ولو كانت امرأة لها زوج فقالت لرجل انى اختلع من زوجى فاذا فعلت ذلك وانقضت عدتى فزوجنى فلانا جاز ذلك على ما قالت لانها اضافت الوكالة الى مابعد انقضاءالعدة فيجعل كمباشرتها التوكيل بعد انقضاء عدتها قال ولووكلته بأن يزوجها وقالت ماصنعت من أمرى فى شئ فهو جائز فحضر الوكيل الموت فأوصى بوكالتها الى رجل فزوجها الوكيل الثانى بعد موت الأول كان جائزا لانها فوضت الأمر الى رأيه على العموم وهذا من جملة رأيه فهو بمنزلة التوكيل فى حياته والبيع والشراء فى هذا قياس النكاح قالولو وكلته بأن يزوجها رجلا فزوجها منه واشترط عليه انه اذا تزوجها كان أمرها بيدها فالنكاح جائز وأمرها بيدها حين تزوجها لان هذا شئ يستبد به الزوج ولا ضرر عليها فيه ولا هو حاصل بقبول الوكيل ولو كان هذا وكيل الرجل كان النكاح جائزا والشرط باطلا لان الزوج لم يأمره بذلك وهو يتضرر بهولو قال الزوج زوجنى امرأة وأمرها بيدها فزوجه الوكيل ولم يشترط لهافأمرهابيدهاحين يقع النكاح لان الزوج يستبد بذلك مضافاالى النكاح كمايستبد به منجزا بعد النكاحولو قال زوجنى امرأة واشترط لها على انى اذا تزوجتها فأمرها بيدها لم يكن الأمر بيدها إلا أن يشترطه الوكيل لان الزوج ما باشر ذلك بنفسه بل فوضه الى الوكيل فما لم يباشره الوكيل لايصير الأمر في يدها وليس في ترك الوكيل هذا الشرط ضرر على الموكل بل فيه منفعة قال ولووكلته أن يزوجها فزوجها على عبد على انزادته مائة درهم فالنكاح جائز فان أبت أن تعطى الدراهم بطلت حصتها من العبد لانه امتثل أمرها فى النكاح وزاد تصرفا آخر وهو الشراء فان مايخص المائة من العبد يكون مبيعا ومايخص البضع يكون صداقا فلا تنفذ حصة الشراء الا برضاها اذ الوكيل لا يقدر على ان يلزمها

المائة بغير رضاها فان قيل كان ينبغي ان يكون مشتريا لنفسه مايخص المائة من العبد لان الشراء لايتوقف بل ينفذ على العاقد اذا تعذر بتقييد غيره ويكون المباشر معبرا لا يلزم شيأ بنفسه فكذلك فيما يثبت تبعا (ألا ترى) ان هذا الشراء يحصل بغير القبول اذاقالت تزوجني على هذا العبد على ان أزيدك مائة درهم فقال فعلت يتم من غير قبولها والشراء مقصورا لايتم بهذا اللفظ بدون القبول فعرفنا ان ماهو بيع ليس نظير ماهو مقصود قال ولو وكلته على ان يزوجها على دم عمد في عتقها فزوجها بعض أولياء ذلك الدم بطلت حصة الزوج من الدم كما لو باشرت هي العقد وهذا لان تزوج الزوج اياها على القصاص يكون عفوا منه عنها وذلك صحيح في نصيبه وانقلب نصيب الآخرين مالا فعليها حصة الورثة من الدية ولها مهر مثلها لان القصاص ليس بمال فلايصلح ان يكون صداقا فهذا والنكاح بغير تسمية المهر سواء قال ولو وكلت المرأة أو الرجل وكيلين بالتزويج أو الخلع ففعل ذلك أحدهما لم يجز لانه فوض اليها عقدا يحتاج فيه الى الرأى ورأى الواحد لا يكون كرأى المثنى قال ولو وكل رجلين بطلاق أو عتاق بغير مال ففعل ذلك أحدهما جاز لان هذا لا يحتاج فيه الى الرأى والتدبير بل الحاجة فيه الى العبارة وعبارة الواحد والمثنى سواء والله أعلم بالصواب

باب توكيل الزوج بالطلاق والخلع

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا ان يطلق امرأته ثلاثا فطلقها واحدة وقعت واحدة لانه أتى ببعض ما فوض اليه ولا ضرر على الموكل في هذا التبعيض بل فيه منفعة له ولانه مكنه من ايقاع الثلاث ومن ضرورته تمكنه من ايقاع الواحدة كما ان الشرع لما مكن الزوج من ايقاع الثلاث فلأن يمكنه من ايقاع الواحدة أولى وان وكله ان يطلقها واحدة فطلقها ثلاثا أو اثنين لم يقع شيء في قول أبي حنيفة لان الثلاث غير الواحدة ولم يصر متمكنا من ايقاع الثلاث بتفويض الواحدة اليه فلا يقع الثلاث لعدم تمكنه من ايقاعها ولا الواحدة لانه ما أوقعها وعند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقع واحدة لانه أوقع مافوض اليه وزيادة فيعمل ايقاعه بقدر ما فوض اليه وهي خلافية معروفة قال وان وكله ان يطلقها واحدة بائنة فطلقها واحدة رجعية طلقت واحدة بائنة لانه لاغ في قوله رجعية فان ذلك غير مفوض اليه يبقى قوله طلقتك فيقع على الوجه الذى فوض اليه لان ثبوت الصفة بثبوت الأصل وهو

نظير مالو قال لامرأته قبل الدخول بها أنت طالق تطليقة رجعية لانعدام محلها يبقى قوله أنت طالق فيقع الطلاق به بائنا كما هو مملوك له شرعا قال وان وكله ان يطلقها واحدة رجعية فطلقها واحدة بائنة طلقت واحدة رجعية لانه لاغ فى قوله بائنة لانه لم يفوض اليه تلك الصفة يبقى قوله أنت طالق فيقع به تطليقة رجعية وهذا على أصلهما ظاهر وعلى أصل أبى حنيفة رحمه الله كذلك لانه بما ألحق كلامه من الصفة لا يخرج من ان يكون ممتثلا فى ايقاع أصل الطلاق فان الاصل لا يتغير بالصفة بخلاف ما اذا أوقع ثلاثا فانه يصير مخالفا فى أصل الايقاع لان الثلاث اسم لعدد مركب مؤلف والواحدة فى ذوى الاعداد أصل العدد وليس فيه تأليف وتركيب وبينهما مغايرة على سبيل المضادة قال وان وكله ان يطلق امرأتين له فطلق احداهما طلقت لان بضم الثانية الى الأولى لا يتغير حكم الطلاق فى حق الاولى فلا يخرج به من أن يكون ممتثلا فى حقها بخلاف الطلقات الثلاث مع الواحدة فانه يتغير حكم الطلاق من حيث انه يثبت الحرمة الغليظة وزوال الملك به لوجود المنافى فى المحل وهو الحرمة الغليظة قال وان وكله أن يطلق امرأته للسنة فطلقها فى غير وقت السنة لم يقع لانه أضاف الوكالة الى وقت السنة فان اللام للوقت قال الله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس أى لوقت دلوك الشمس فلا يكون وكيلا فى غير وقت السنة ومباشرته ما لم يفوض اليه لا يبطل الوكالة حتى اذا طلقها فى وقت السنة بعد ذلك وقع الطلاق قال وان وكله أن يطلقها ثم طلقها الزوج أو خالعها فان طلاق الوكيل يقع عليها ما دامت فى العدة لان المملوك للزوج من الطلاق محصور بالعدد فلا يتغير ما أوقعه الزوج بما فوضه الى الوكيل ولكن ما بقى الزوج مالكا لايقاع الطلاق عليها يبقى الوكيل على وكالته أيضا واذا انقضت عدتها لم يقع طلاق الوكيل عليها بعد ذلك لان الزوج خرج من أن يكون مالكا للايقاع بعد انقضاء العدة فتبطل الوكالة وكذلك ان تزوجها بعد ذلك لان تمكن الزوج من الايقاع بالسبب المتجدد والوكالة لم تتناوله فلا تعود الوكالة باعتباره وعلى هذا لو ارتدت أو ارتد الزوج فان طلاق الوكيل يقع عليها فى العدة لبقاء تمكن الزوج من الايقاع بالسبب المتجدد ولو قال لرجل اذا تزوجت فلانة فطلقها فتزوجها الموكل فطلقها الوكيل جاز لان الوكالة تحتمل الاضافة كالطلاق وقد وقعت الاضافة الى ما بعد الزواج فعند ذلك يصير كالمستثنى للتوكيل ولو وكل عبدا بطلاق امرأته فباعه مولاه فهو على وكالته لان تمكنه من الايقاع لا يزول ببيعه وابتداء التوكيل يصح بعد بيعه وكذلك لو وكل مجنونا

فقبل الوكالة فى حال جنونه ثم أفاق فهو على وكالته لان بالافاقة يزداد التمكن من التصرف ولا يزول ماكان ثابتا قال ولو وكل مسلم مسلما بالطلاق فارتد الوكيل ولحق بدار الحرب ثم جاء مسلما كان على وكالته اذا لم يقض القاضى بلحاقه وهو بمنزلة الغيبة فاما بعد قضاء القاضى بلحاقه فهو قول محمد رحمه الله وقد بينا الخلاف فيه قال ولو وكل رجلا بطلاق امرأته والوكيل غائب لا يعلم فطلقها فالطلاق باطل وكذلك سائر العقود لان الوكالة لا تثبت قبل علم الوكيل بها كما فى العزل لا يثبت قبل علمه وهذا للأصل الذى قلنا ان حكم الخطاب فى حق المخاطب لا يثبت مالم يعلم به وهذا لان الوكيل نائب عن الموكل معبر عن منافعه فى التصرف له ولا يتحقق ذلك إلا بعلمه بخلاف الوصي اذا تصرف بعد موت الموصى قبل علمه بالوصية ينفذ تصرفه استحسانا لان الوصاية خلافة وهو النائب فيها ولان أوانها بعد انقطاع ولاية الموصى وقد تحقق ذلك بموته وانما جوز ذلك للحاجة فالحاجة بعد موت الموصي تصرف الى من يتصرف قياسية فاما هنا فالوكالة انابة والموكل قادر على التصرف بنفسه فلا حاجة الى اثبات حكم الوكالة قبل علم الوكيل بها قال ولو وكله بطلاقها فأبى ان يقبل ثم طلقها لم يقع لان الوكالة ارتدت برده فكانها ارتدت برجوع الموكل عنها وان لم يقل الوكيل قبلت وان قال رددت حين طلقها وقع استحسانا وفى القياس لا يقع لما بينا انه معبر لمنافعه والاعارة لا تثبت بمجرد السكوت فما لم يصر وكيلا لا يعمل ايقاعه ووجه الاستحسان ان دليل القبول واقدامه على ما فوض اليه بعد علمه به من أدل الدلائل على قبوله الوكالة فقد يباشر بعد القبول وقد لا يباشر قال واذا وكل الصحيح وكيلا بطلاق امرأته ثلاثا ثم طلقها الوكيل فى مرض الموكل ثم مات الزوج وهى في العدة ورثت لان ايقاع الوكيل كايقاع الموكل بنفسه فان قيل بعد وقوع الثلاث بقاء ميراثها باعتبار الفرار من الزوج ولم يوجد ذلك هنا فان التوكيل كان فى الصحة ولم يكن لها فى ماله حق يومئذ ولم يوجد من الزوج صنع بعده قلنا لا معتبر لقصد الفرار لان ذلك لا يوقف عليه ولكن متى كان وقوع الثلاث عليها في مرضه باعتبار معنى مضاف اليه يجعل فارا وان لم يقصد وقد وجد ذلك هنا مع أنه قادر متمكن من عزل الوكيل بعد مرضه فاستدامة الوكالة بعد تمكنه من العزل بمنزلة انشاء التوكيل فى أنه يثبت به حكم الفرار وعلى هذا لو كان الموكل عبدا فاعتق بعد التوكيل ثم مرض فطلقها الوكيل أو وكل الذمى بعد اسلام المرأة ثم أسلم الزوج ومرض فطلقها الوكيل كان له أن يستديم الوكالة بعد تعلق حقها بماله وكذلك

تعليق المسلم الوكالة بمرضه لان المتعلق بالشرط عندوجود الشرط كالمنجزفكأنه انشأالتوكيل بعد مرضه قال واذا شهدالموليان على وكالة زوج أمتهمابالطلاق وان الوكيل قد طلق أو شهدا على ذلك وأن الزوج طلقها بنفسه فان كانت الامة تدعى ذلك فهو باطل لانهما يشهدان لها وان كانت تجحد فكذلك الجواب فى قول محمد رحمه الله وعلى قول أبي يوسف رحمه الله الشهادة جائزة وهذا بناء على ماقدمنا فى كتاب النكاح أن أبا يوسف رحمه الله يعتبر الدعوى والانكار فى شهادة الابنين لابيهما فكذلك فى شهادة المولبين لامتهما ومحمد رحمه الله يعتبر المنفعة وعلى سبيل الابتداء فى هذه المسئلة فمحمد رحمه الله يقول هما في معنى الشاهدين لانفسهما لان ملك البضع يعود اليهما بعد طلاق الزوج وشهادته لنفسه أو فيما فيه منفعة له لاتكون مقبولة وأبو يوسف رحمه الله يقول هذه الشهادة تقوم بطريق الحسبة وهذا لان كون الانسان خصما فى منافاة الشهادة أبلغ من منفعته له فى ذلك وكل أحد خصم فيما هو حق الشرع ومع ذلك كانت شهادته فى ذلك مقبولة كالزنا ونحو ذلك فكذلك فيما له فيه منفعة مع أنه لامنفعة لهما فى المشهود به لان موجب الطلاق سقوط ملك الزوج عنها أو حرمة المحل عليه لاانتقال ذلك الملك الي المولبين وكذلك اذا سقط ملك الزوج ظهر ملك المولبين لفراغ المحل عن حق الغير وبهذا لايمنع قبول الشهادة كصاحبي الدين اذا شهدا للمديون بمال من جنس حقهما على انسان قبلت الشهادة وان كانا يتمكنان من استيفاء حقهما اذا قبض المشهود له المال واذا قال الرجل للرجل طلق امرأتي ان شئت أو ان هويت أو أردت فقام من المجلس بطل لانه تمليك للمشيئة منه وذلك يقتصر على المجلس كتمليك المشيئة فى القبول بايجاب البيع له والوكيل هنا فى معنى المخير وقد اتفقت الصحابة رضي الله عنهم على أن المخيرة لها الخيار مادامت فى مجلسها لانها مالكة للرأى والمشيئة متمكنة من ذلك فى المجلس فقيامها منه دليل الاعراض فكذلك بهذا اللفظ يصير متمكنا من الرأى والمشيئة وهذا بخلاف قوله للاجنبي طلقها فان ذلك انابة واستعارة لمنافعه فيقوم هو فى الايقاع مقام الموكل وهذا تفويض للمشيئة اليه لااستعارة شيء منه ولو قال أنت وكيلي فى طلاقها ان شاءت أو هويت أو أرادت لم يكن وكيلا حتى تشاء هي ذلك فى مجلسها لانه علق التوكيل بمشيئتها ولو علق الوقوع بمشيئتها اقتصر ذلك على المجلس وتأخر الوقوع الى حين وجود مشيئتها فكذلك اذا علق التوكيل واذا صار وكيلا فان قام الوكيل من المجلس قبل أن يطلق بطلت الوكالة قال

عيسى رحمه الله وهذا غلط لان عند مشيئتها انما تثبت الوكالة بقول الزوج أنت وكيلي في طلاقها وذلك لا يقتصر على المجلس كما لو نجز هذا اللفظ ولكن ما ذكر فى الكتاب أصح لان معنى قوله ان شاءت الطلاق وكان هذا بمنزلة قوله ولئن كان المراد ان شاءت هذه الوكالة فثبوت الوكالة بالايقاع بناء على مافوض اليها من المشيئة ومشيئتها تقتصر على المجلس وهو لا يتأبد فكذلك ما ينبنى عليه من تمكن الوكيل من الايقاع واليه أشار فى الكتاب فقال لانها وكالة بالمشيئة وقعت بحيث لايملك الزوج فسخها ولو جعل قوله أنت وكيل فى طلاقها منفصلا عن المشيئة يملك الزوج فسخها وان قال أنت وكيلي فى طلاقها ان شئت فان شاء فى ذلك المجلس فهو جائز وان قام قبل ان يشاء فلا وكالة لان تعليق الوكالة بمشيئته يكون تملكا للرأى والمشيئة منه كتعليق الايقاع بمشيئته على ما بينا وان قال أنت وكيلي فى طلاقها على أني بالخيار ثلاثة أيام فالوكالة جائزة والخيار باطل وكذلك لو قال على أن فلانة بالخيار ثلاثة أيام وكذلك هذا فى كل تصرف لان اشتراط الخيار باشره فى منع صفة اللزوم والوكالة لايتعلق بها اللزوم بحال فاشتراط الخيار فيما لايكون مفيدا يكون باطلا ولان اشتراط الخيار ليتمكن به من له الخيار من التفرد بالفسخ بغير رضا صاحبه وهذا فى الوكالة ثابت بدون اشتراط صاحب الخيار وكما لايصح اشتراط الخيار لنفسه في الوكالة لايصح اشتراطه لغيره قال ولو وكله بطلاق امرأته فقال الوكيل أنت طالق غدا لم يقع وان جاء الغد لانه مفوض اليه التخيير والاضافة الى وقت والتعليق بالشرط غير التخيير قال وان وكله أن يطلقها ثلاثا بألف درهم أو على الف فطلقها واحدة أو اثنتين لم يقع لانها لو وقعت وقعت بحصتها من الالف والزوج لم يرض بزوال ملكه عنها الا بعد أن يجب له عليها جميع الالف فكان بما صنع مخالفا وفيه ضرر على الموكل بخلاف التوكيل بالايقاع بغير عوض وان بألف درهم أو أكثر جاز لانه حصل ما هو مقصود الزوج من المال ونفعه لبقاء صفة الحل فى المحل حين اقتصر على ايقاع الواحدة وليس للوكيل بالخلع قبض المال لان الذى من جانب الزوج فى باب الخلع ايقاع الطلاق والوكيل معبر عنه اما حقيقة بالاضافة اليه أو حكما لانه غير مالك للايقاع بنفسه فهو نظير وكيل المولى فى العتق بجعل أو لانه لايتوجه عليه المطالبة بتسليم المعقود عليه فلا يكون له قبض البدل قال وان وكله أن يطلق امرأته وله أربع نسوة ولم يسم له امرأة بعينها فان أوقع الطلاق على احدى نسائه جاز لانه ممتثل أمره فانه أمره بايقاع الطلاق على

امرأة غير معينة وقد فعل فان طلقهن جميعا وقع الطلاق على واحدة منهن لانه في حق الواحدة ممتثل أمره وفيما زاد عليه مبتدئ فيقع على الواحدة بغير عينها والبيان الى الزوج كما لو أوقع بنفسه على احداهن بغير عينها وليس الى الوكيل من البيان شئ لانه معبر عن الزوج وقد انتهى حكم وكالته بايقاعه قال ولو وكله أن يطلق امرأته فطلقها الوكيل ثلاثا فان كان نوى الزوج ثلاثا فهو جائز لان قوله طلقها تفويض وهو يحتمل معنى العموم والخصوص فاذا نوى الثلاث فقد نوي العموم فى التفويض وذلك صحيح منه ثم الوكيل ممتثل أمره في ايقاع الثلاث وان لم يكن نوى ثلاثا لم يقع شئ فى قول أبي حنيفة رحمه الله وفى قولهما تقع واحدة بمنزلة مالو قال طلقها واحدة وطلقها ثلاثا وكذلك لوقال اخلعها فطلقها ثلاثا فهو على ما بينا لان نية الثلاث تقع فى الخلع ولو قال طلق احداهن بعينها أو اخلعها كان ذلك جائزا بمنزلة ما لو قال طلق أيتهن شئت وهناك يملك الايقاع على واحدة بعينها وكذلك اذا طلق احداهن (ألا ترى) أنه لو قال بع عبدا من عبيدى فباع واحدا منهم بعينه جاز ولو قال الموكل لم أعن هذا لم يصدق فكذلك فى الطلاق فان قيل التعيين من ضرورة ما فوض اليه فان بدون التعيين لا ينفذ بيعه وهنا التعيين ليس من ضرورة ما فوض اليه فان بدون التعيين يقع الطلاق على احداهن فينبغى ان لا يملك الوكيل الايقاع على المعينة لما فيه من قطع خيار الزوج قلنا هذا أن لو شرط الزوج لنفسه خيارا وهنا لم يشترط ولكن ثبوت الخيار له عند انعدام تعين محل الطلاق وذلك لا يوجد اذا وقع على احداهن بعينها وهذا لان المعتبر مانص عليه فى التوكيل وهو انما نص على الايقاع على واحدة وهذه واحدة منهن قد أوقع عليها فكان ممتثلا لما نص عليه الموكل وكذلك لو طلق واحدة منهن بغير عينها وقع لانه ممتثل أمره بالايقاع على واحدة منهن ثم الخيار الي الزوج لانعدام تعين محل الطلاق ولا يملك الوكيل التعيين لان وكالته قد انتهت بالايقاع فاما قبل الايقاع فوكالته قائمة فلهذا ملك الايقاع على واحدة بعينها قال واذا وكلت المرأة رجلا أن يخلعها من زوجها على مال أو علي مابداله فخلعها على المهر الذى أخذت منه فهو جائز عليها وهو دين على المرأة ولا يؤخذ به الوكيل لانه معبر عنها فانه لا يستغنى عن اضافة العقد اليها فيقول اخلع امرأتك ولا يقول اخلعنى ولانه ليس علي الوكيل من تسليم المعقود عليه شئ فلا تتوجه عليه المطالبة بالبدل أيضا قال واذا وكله بالخلع فله أن يخلعها فى ذلك المجلس وغيره مالم تعزله لان التوكيل مطلق فهو بمنزلة الوكيل في سائر التصرفات أو

التوكيل بالخلع من جانب الزوج قال ولو وكل الرجل رجلا ان يخلع امرأته ووكلت المرأة ذلك الرجل ان يخلعها من زوجها فخلعها الوكيل من نفسه ولم يلق الزوج ولا المرأة فالخلع باطل وهو فى هذا بمنزلة البيع لان الخلع من جانبها التزام للمال بعوض فيكون في حكم البيع وهذا لان المال فى الخلع لايجب الا بتسمية البدل فالواحد اذا تولاه من الجانبين يكون مستزيدا أو مستنقصا وذلك لايجوز وكذلك ان كان البدل مسمى لان تسمية البدل من جانب الزوج يمنع الوكيل من النقصان دون الزيادة ومن جانب المرأة يمنع من الزيادة دون النقصان قال ولو وكلت المرأة زوجها أن يخلعها من نفسه بما شاء فخلعها من نفسه بخادمها فهو باطل الا أن تجيز المرأة ذلك وكذلك لو وكل الزوج المرأة ان تخلع نفسها منه فخلعت نفسها منه بمال أو عرض فان ذلك لايجوز الا أن يرضى الزوج به وهذا بمنزلة البيع من الوجه الذى قلنا وهذا لان المرأة رضيت بالخلع لا بزوال ملكها عن الخادم والزوج رضى بالخلع لا بدخول ذلك العرض بعينه فى ملكها فلهذا لايجوز الا برضا من الجانبين ولو قال الرجل لامرأته اشترى طلاقك منى بما شئت فقد وكلتك بذلك فقالت قد اشتريته بكذا وكذا كان باطلا لما بينا أنها لا تصلح نائبة عن الزوج فى تعيين جنس البدل وتسمية مقداره فيما يجب عليها لانها بحكم النيابة تكون مستزيدة فى ذلك وباعتبار جانبها تكون مستنقصة ولو قال لها طلقى نفسك منى بكذا وكذا ففعلت كان ذلك جائزا لان الزوج هنا قدر البدل بنفسه ثم جعلها نائبة عنه فى الايقاع وهى تصلح معبرة عن الزوج فى ايقاع الطلاق قال ولا تشبه الطلاق بالمال كالخلع بغير مال وقيل هذا غير صحيح فانه ذكر فى الخلع بمال انه جائز فما معنى هذا الفرق الذى أشار اليه قيل معناه اذا قال لها طلقي نفسك أو اختلعى منى بغير مال فاوقعته كان صحيحا ولو قال بما شئت لم يكن صحيحا إلا ان يرضى به الزوج قال واذا وكل الرجل رجلا أن يخلع امرأته فخلعها الزوج أو بانت منه بوجه ثم تزوجها فى العدة أو بعدها لم يكن للوكيل أن يخلعها لان بوقوع البينونة خرج الموكل من أن يكون مالكا للخلع فيتضمن ذلك عزل الوكيل ثم لو تزوجها بعد ذلك بسبب مستأنف لا يوجب اعادة الوكالة وكذلك لو وكلته هى سقطت برده أو بطلاق الزوج قال ولو وكله ان يخلعها على عبد لها على ان زادها مائة درهم فأبى الزوج ان يلتزم المائة بطلت حصتها من العبد لان العقد فى حصة المائة شراء ولم يفوض الزوج اليه ذلك وجاز له حصة المهر وقد بينا فى النكاح نظيره قال ولو كان الوكيل ضمن المائة لها لزمته

بالضمان ولا يرجع بها على الزوج لانه ضمن بغير أمره وهذا لان ضمان البدل فى باب الخلع من الوكيل صحيح فكذلك ضمان ما كان ثبوته تبعا للخلع والشراء فى حصة المائة يثبت تبعا على ماقدرنا فيصح التزام الوكيل ذلك بالضمان ولا يملك الوكيل بمقابلته شيئا من العبد بل يكون العبد كله للزوج بدلا فى الخلع قال ولو خلعها الوكيل على حر أو خمر أو دم أو خنزير فالخلع باطل لانه لو وقع الطلاق هنا وقع بغير جعل فصار كما لو أوقعه الزوج بنفسه والموكل بهذا لم يرض بخلاف النكاح فانه لو صح النكاح عند تسمية الخمر والخنزير كان بعوض كما لو ترك تسمية العوض أصلا قال ولو خلعها على درهم جاز عند أبى حنيفة رحمه الله بناء على أصلهما فيما يفسد الوكالة بالعرف وان خلعها على حكمها أو على حكم الوكيل جاز لان الطلاق بهذا الخلع يقع بعوض كما لو باشره الزوج بنفسه ثم الواجب عليها رد المقبوض من الصداق فان حكمت بذلك أو أكثر جاز حكمها وان حكمت أو حكم الوكيل بأقل من ذلك لم يجز حكمه لان فيه اسقاط حق الزوج عن بعض ماصار مستحقا له فهما لا يملكان ذلك قال واذا وكلت المرأة الذمية مسلما بخلعها من ذمى على خمر أو خنزير جاز وكذلك النكاح لان الخمر والخنزير مال متقوم فى حقهم ولو كان أحد الزوجين مسلما والوكيل كافرا جاز الخلع وبطل الجعل لان الوكيل ممتثل أمره حين سمى ما هو مال متقوم فى حقه ولكن المسلم ممنوع من تملك الخمر وتملكها بالعقد فلهذا بطل الجعل وهذا على أصلهما ظاهر لانهما يعتبران حال الموكل كما فى التوكيل ببيع الخمر وشرائها وعلى أصل أبى حنيفة رحمه الله هناك كذلك لان الوكيل سفير ومعبر لا يتعلق به شيء من حقوق العقد هنا بخلاف الوكيل بالبيع والشراء قال ولو وكل رجلا بأن يخلع امرأته وقال له ان أبت الخلع فطلقها فأبت الخلع فطلقها وقع بايقاعه ثم هذا كايقاع الموكل بنفسه وايقاع الموكل بصريح الطلاق لا يمنع بقاء الوكالة بالخلع فكذلك ايقاع الوكيل حتى لو قالت انا اخالع فخلعها وهى فى العدة جاز لان الاول كان رجعيا والطلاق الرجعى لا يمنع الخلع وقد بينا الوكالة بالخلع بعد ما أبانها فلهذا صح الخلع والله أعلم

باب الوكالة فى الاجارة والمزارعة والمعاملة

(قال رحمه الله) واذا كانت الأرض بين رهط فوكل أحدهم وكيلا باجارة نصيبه فأجره من جميعهم جاز وان أجره من أحدهم لم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وجاز عندهما

بمنزلة مالو باشره الموكل بنفسه واصل المسئلة أرض بين رجلين اجر أحدهما نصيبه من صاحبه يجوز بالاتفاق لتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه كما تناوله العقد ولو أجره من أجنبي لم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وجاز عندهما لان بيع المنفعة معتبر ببيع العين فالشيوع لا يمنع صحته وأبو حنيفة رحمه الله يقول المستأجر لايقدر على استيفاء المعقود عليه كما تناوله العقد لان المعقود عليه منفعة نصيب من العين شائع والاستيفاء جزء معين اذا عرفنا هذا فنقول هنا اذا أجر نصيبه من جميع شركائه فهم يقدرون على الاستيفاء كما هو قضية العقد وان أجره من أحدهم لم يقدر على استيفاء المعقود عليه كما تناوله العقد فلهذا لم يجز العقد عنده والوكيل بالاجارة اذا أجره بعرض أو خادم بعينها فهو جائز وعند أبى حنيفة رحمه الله ظاهر وعندهما تقييد التوكيل بالبيع بالنقد لدليل العرف ولا عرف فى الاجارة بل العرف فيه مشترك ولان البيع بعرض بعينه شراء من وجه وهنا تعيين الاجرة لايخرج العقد من أن يكون اجارة من كل وجه ولانا لوجعلناه مخالفا تضرر به الموكل لأن الأجر يكون للعاقد ولاضمان عليه فان المنافع لا تتقوم بخلاف بيع العين والوكيل بالاجارة خصم فى اثبات الاجارة وفى قبض الأجر وجنس المستأجر به لان الاجارة بيع المنفعة قياس بيع العين والوكيل وكيل فى اضافة العقد اليه وكان فى حقوق العقد كالعاقد لنفسه فان وهب الأجر للمستأجر أو ابرأه منه جاز ان لم يكن شيئا بعينه ويضمنه للآمر وان كان شيئا بعينه لم يجز ابراؤه ولا هبته لان الغير صار مملوكا له باستيفاء المنفعة واشتراط التعجيل فتصرف الوكيل بالهبة يلاقى عينا هى ملك الغير بغير أمره فكان باطلا فى غير المعين وانما وجب الاجر بعقد الوكيل عند استيفاء المنفعة دينا فى ذمة المستأجر فيكون بمنزلة الثمن فى البيع وقد بينا أن الوكيل بالبيع اذا ابرأ المشترى عن الثمن صح ابراؤه وصار ضامنا للآمر في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابى يوسف رحمه الله فهذا مثله وأما اذا أبراه عن جميع الاجر قبل استيفاء المنفعة فهو على الخلاف الذى عرف فى المؤاجر اذا كان مالكا فابرأ عن جميع الأجر قبل استيفاء المنفعة وفيه خلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله مذكور فى الاجارات وموت الوكيل لا ينقض الاجارة وموت رب الارض أو المستأجر ينقضها لان الانتقاض بموت رب الارض باعتبار أن العين قد انقلبت الى ملك الوارث فالمنافع بعد الموت تحدث على ملك الوارث وفى هذا لا يفترق الحال بين ان يكون هو المؤجر بنفسه أو وكيله وبموت المستأجر انما تنتقض لان الارث لا يجرى في المنافع المجردة

وعندموت الوكيل لايتحقق واحد من هذين المعنيين فلا تنتقض الاجارة وكذلك الجواب في وصي اليتيم وقيم الوقف بعد ماأجر العين قال ولو أن الوكيل ناقض المستأجر الاجارة قبل استيفاء المنفعة جازت مناقضته ان كان الاجر دينا أو عينا بخلاف الاقالة في بيع العين وقد قررنا هذا الفرق فيما سبق (ثم زاد فقال) الا أن الوكيل قد قبض الأجر فحينئذ لا يجوز مناقضته لان المقبوض صار مملوكا للآمر بعينه فان الأجر يملك بالتعجيل وفي هذه المناقضة ابطال ملك الآمر عن العين وابطال يده لان مقبوض الوكيل صار كالمقبوض للآمر فاما قبل القبض وان كان الأجر عينا فلم يصر مملوكا فلا تثبت اليد أيضا للآمر فلهذا ملك الوكيل نقض العقد فيه وأما بعد استيفاء المنفعة فلا يتصور مناقضة الاجارة قال واذا وكله أن يؤاجره أرضا له وفيها بيوت ولم يسم البيوت فله أن يؤاجر البيوت والارض وكذلك لو كان فيها رحى لان مافي الارض من البناء وصف وتبع له حتى يدخل في البيع من غير ذكر فكذلك في الاجارة لانه صالح لما يصلح له الاصل بطريق الاجارة فكذلك إذا وكل الوكيل بأن يؤاجره واذا أجر الارض صاحبها ثم وكل وكيلا بقبض الأجر فهو جائز كالتوكيل بقبض سائر الديون فان أخر الوكيل الأجر عن المطلوب أو حطه عنه أو صالحه على نقض دينه لم يجز لانه غير مافوض اليه وهو نائب محض فلا يصح منه الا مافوض اليه وان وكله أن يؤاجرها بدراهم فأجرها بدنانير لم يجز لانه خالف ماأمره به نصا ولو أجرها باكثر مما سمى له من الدراهم جاز الا على قول زفر رحمه الله وهو نظير الوكيل بالبيع بألف اذا باع بألفين فعند زفر رحمه الله ظاهر لانه خالف اللفظ في الفصلين ونحن نقول اذا حصل مقصود الآمر وزاد خيرا لم يكن تصرفه خلافا وكذلك الوكيل بالاستئجار مدة معلومة بدراهم مسماة اذا استأجرها بأقل من ذلك والوكيل بالاجارة والاستئجار بالدراهم ليس له أن يزارع لانه مخالف لما أمره به نصا وكذلك الوكيل بالمزارعة ليس له أن يؤاجر بدراهم ولا حنطة لانه مخالف لما أمره به نصا أما في الاستئجار بدراهم فغير مشكل وكذلك بالحنطة لان الآمر انما رضى بأن يكون حق صاحب الارض في جزء من الخارج لافي ذمته والاستئجار بالحنطة يوجب الأجر في ذمته وله في هذا منفعة فربما يصيب الخارج آفة فاذا كان أجرها مزارعة لم يضمن شيأ واذا استأجره بحنطة في ذمته كان ضامنا للاجر قال واذا وكله أن يستأجرها له فأخذها له مزارعة لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله لانه لايرى جواز المزارعة أصلا

ويجوز عندهما لان المزارعة عقد وهى من صاحب اليد استئجار الارض بجزء من الخارج فاذا لم يسم له الآمر بأى شئ يستأجرها له أن يستأجرها ببعض الخارج لان فيه منفعة للآمر فانه ان حصل الخارج يجب الاجر وان لم يحصل لايجب شئ ولواستأجرها بأجرة مسماة يجب الاجر سواء حصل الخارج أو لم يحصل قال واذا وكله أن يستأجر له أرضا فما استأجرها به من مكيل أو موزون بغير عينه فهو جائز على الآمر فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله هو على الدراهم والدنانير وما يستأجر به الارض مما يخرج منها من المكيل والموزون ونحوه أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلان التوكيل بالاستئجار مطلق فما استأجر به من مكيل أو موزون بغير عينه فهو جائز لانه استئجار مطلق وقيل هذا بناء على قوله الأول فى الوكيل بالشراء انه يملك الشراء بمكيل أو موزون بغير عينه فاما على قوله الآخر كما لا يملك الوكيل بالشراء أن يشترى الا بالنقد فكذلك الوكيل بالاستئجار وقيل بل بينهما فرق لان فى الشراء بالنقد عرفا ظاهرا فاذا تعذر حمل التوكيل على العموم حمل على المتعارف وليس فى الاستئجار مثل ذلك الفرق فقد يكون بمكيل أو موزون بالنسيئة كما يكون بالنقد فاما عندهما فالوكيل بالاستئجار يملك أخذ الارض مزارعة وذلك استئجار ببعض ما تخرج الارض فاذا استأجرها بالدراهم أو بشئ مما تخرجه تلك الارض كان ممتثلا أمر الامر فيجوز وان استأجرها بشئ من الجراب أو المكيل أو الموزون بعينه كان مخالفا لانه لو نفذ هذا التصرف منه خرج ملك العين عن ملك الآمر وهو مأمور من جهته بادخال المنفعة في ملكه لا بنقل الملك بشئ من أعيان ماله الي غيره قال وللوكيل بالمزارعة والمعاملة أن يقبض نصيب رب الارض من الخارج لانه وجب بعقده فان وهبه للعامل أو أبرأه منه لم يجز فى قول من يجوز المزارعة والمعاملة لان لرب الارض فى نصيبه من الخارج عينا وقد بينا أن الاجر اذا كان شيأ بعينه فليس للوكيل فيه ولاية الابراء والهبة قال واذا وكله أن يدفع أرضه مزارعة فأجرها بحيوان أو بدراهم لم يجز لانه مأمور بأن يؤاجرها بجزء مما تخرجه الارض وقد خالف ما أمر به نصا وان أجرها بحنطة كيلا أو بشئ مما يزرع يجوز ذلك فى قول من يجيز المزارعة لانه حصل مقصود الامر بطريق هو أنفع له مما سمى له فانه لو دفعها مزارعة ثم اصطلم الزرع آفة لم يستوجب الآمر شيأ واذا أجرها بحنطة كيلا كان الآمر مستحقا للاجر وان اصطلم الزرع آفة وفيه يحصل مقصوده لان الاجر المسمى من جنس ما تخرجه

الارض فلهذا كان صحيحا قال واذا وكله أن يدفعها مزارعة فدفعها الي رجل وزرعها رطبة أو شيأ من الحبوب كان هذا جائزا لان هذا كله من عمل المزارعة والضرر على الارض فيه غير متفاوت فان دفعها الى رجل يغرس فيها شجرا لم يجز لان الغراسة ليست من المزارعة فى شئ والضرر على الارض فى عمل الغراسة ليس من جنس ضرر عمل المزارعة فلهذا كان مخالفا ثم فرق بين هذا وبين ما اذا أخذ الارض مزارعة ولم يبين الآمر مايزرع فيها لم يجز والتوكيل بدفعها مزارعة يجوز فى هذا لان الوكالة مبنية على التوسع وتسمية البدل فى الوكالة ليس بشرط والجهالة المستدركة لا تمنع صحتها بخلاف المزارعة فانها تتعلق بها صفة اللزوم على قول من يجيزها فلا بد أن يكون البدل معلوما فيها وانما يصير الجنس معلوما ببيان ما يزرع فيها قال ولو وكله بدفعها لمن يغرس فيها النخل بالنصف فدفعها له لم يجز قال ولو وكله فى أرض له ليدفعها الي رجل يبني فيها بيوتا ويؤاجرها بالنصف ويكون الاجر بينهما نصفين فهو جائز فى قول من يجيز المعاملة وليس هذا مذهب علمائنا رحمهم الله بل هو قول أهل المدينة رحمهم الله (بيانه فى مسئلة الدسكرة فى كتاب المضاربة) قال ولو وكل رجل رجلا بأن يستأجر له أرضا فاستأجرها فالاجر انما يجب لرب الارض على الوكيل وللوكيل على الامر بمنزلة التوكيل بالشراء حتى لو وهب رب الارض الاجر من المستأجر أو أبرأه منه كان للمستأجر أن يأخذه من وهبه اياه ولو أراد المستأجر أن يأخذه من الامر الاجر قبل أن يؤديه كان له ذلك كما فى الوكيل بالشراء وكذلك لاسبيل لرب الارض على الآمر له فى المطالبة بالاجر لانه لم يعامله بشئ قال ولو مات المستأجر كان ينبغى فى القياس ان الاجارة له لانه فى حكم العقد بمنزلة العاقد لنفسه ولكنه استحسن فقال موت العاقد ليس بمبطل للاجارة بعينه بل لما فى ابقائه من توريث المنفعة وذلك غير موجود هنا لان المنفعة كانت مملوكة للآمر يستوفيها قبل موت الوكيل وبعده بصفة واحدة قال ولو أن المستأجر ناقض رب الارض الاجارة فان كانت الارض فى يد المؤاجر جازت المناقضة لان الآمر لم يملك بنفس العقد شيأ من المعقود عليه ولا ثبتت يده على شئ فصحت المناقضة من الوكيل كما في جانب الوكيل بالاجارة وان كان قد دفعها الى الآمر أو المستأجر ثم ناقض ففى القياس يجوز أيضا لان الآمر لم يملك شيأ من المعقود عليه لكونها معدومة وكذلك لم تثبت يده على المعقود عليه حتى لو تلفت لخراب الدار كان فى ضمان الاجر كذلك ولكنه استحسن فقال قبض محل المعقود عليه

وهو الارض أو الدار جعل بمنزلة قبض المعقود عليه كما ان عين الدار والارض جعل قائما مقام المعقود عليه فى جواز العقد (ألا ترى) أنه لا يملك التصرف قبل قبض الدار ويملك بعد ذلك وقد ثبتت يد الآمر على الارض حقيقة بقبضه وحكما بقبض المستأجر وصار استدامة اليد الى انتهاء المدة مستحقا له فلا يملك الوكيل ابطال ذلك الحق عليه للمناقضة استحسانا قال واذا وكله أن يستأجرها له سنة فاستأجرها سنتين فالسنة الاولى للآمر والسنة الثانية للوكيل لان عقد الاجارة فى حكم عقود متفرقة تجدد انعقادها بحسب مايحدث من المنفعة ففى المدة التى سمى له الآمر امتثل أمره بالاستئجار له وحصل مقصوده وفيما زاد على ذلك انشأ التصرف بغير أمره فيكون عاقدا لنفسه ويكون كالمضيف العقد الذى باشره لنفسه الى وقت فى المستقبل ولان التوكيل بالاستئجار كالتوكيل بالشراء والوكيل بشراء شئ بعينه اذا اشترى ذلك الشئ مع غيره كان مشتريا ذلك الشئ للآمر وما سواه يصير مشتريا لنفسه قالوا واذا وكله أن يستأجر له دارا فسقط بعض الدار قبل أن يقبضها أو بعد ماقبضها فقال المستأجر أنا أرضى بها فانها تلزم المستأجر دون الآمر بمنزلة الوكيل بالشراء يعلم بالعيب فيرضى به وذلك يلزمه دون الآمر فهذا مثله الا أن هنا يستوى ان كان الانهدام قبل قبض الدار أو بعده لان بقبض الدار المعقود عليه لا يدخل فى ضمان المستأجر وانهدام بعض البيوت يمكن نقصانا فى المعقود عليه فيكون منشئا الخيار للمشترى والمستأجر والآمر قال ولو وكل رجلين أن يستأجرا له أرضا فاستاجرها أحدهما لزم الوكيل لان هذا عقد يحتاج فيه الى الرأى وقد فوضه اليهما فلا ينفرد به أحدهما واذا تعذر تنفيذه على الامر نفذ العقد على المباشر بمنزلة الوكيلين بالشراء فان قال الآمر أنا أرضى بذلك فللمستأجر أن يمنعه منه لانه صار عاقدا لنفسه فلا يملك استحقاقه عليه بغير رضاه فان دفعها اليه فهو للآمر باجارة مستقبلة ويجعل الوكيل عند التسليم اليه كان يقول أجرتك هذه الى كذا كذا فهو بالقبض يصير كأنه قال استأجرته منك والله أعلم بالصواب

باب الوكالة من أهل الكفر

(قال رحمه الله) واذا وكل الذمى الذمى بقبض خمر له بعينها فصارت خلا فله أن يقبضها لان العين باقية بعد التخلل والهيئة باقية وانما اختلف الطعم والوكالة انما صحت لبقاء العين فما بقيت العين صحت الوكالة وبقيت وكذلك المسلم يوكل المسلم بقبض عصير له بعينه فيصير العصير

خلافه أن يقبضه ولم يذكر ماذا صار خمرا والصحيح ان له أن يقبضه أيضا لان الموكل يملك
قبضه بعد التخمر فيملك وكيله قبضه أيضا قال ولو وكل ذمي ذميا بقبض جلود ميتة ودباغها
ففعل ذلك فهو جائز وهذا لا يختص بالذمي والجواب في المسلم هكذا لان القبض اثبات اليد
على العين ما لا كان أو غير مال والموكل يملك ذلك بنفسه وهو أحق به لان ملكه لم يبطل
ببطلان المالية الا انه وضع هذه المسائل في أهل الذمة صيانة للمسلمين عن التداول لاعيان
نجسة قال واذا وكل الحربي مسلما أو ذميا أو حربيا بتقاضي دين له في دار الاسلام وأشهد على
ذلك شهودا من أهل الاسلام فخرج وكيله من دار الحرب وطلب ذلك فهو جائز لانه
خرج بنفسه مسلما أو ذميا أو مستأمنا فطلب ذلك الحق جاز فكذلك اذا بعث وكيلا لانه
ربما يعجز عن الخروج بنفسه والتوكيل استعانة بالغير فيما يعجز فيه عن مباشرته بنفسه وعلى
هذا لو وكل بقبض وديعة له أو بيع شيء أو شرائه في دار الاسلام وعلى هذا توكيل المسلم
أو الذمي أو الحربي المستأمن في دار الاسلام بخصومة أو بيع أو غير ذلك لان المسلم والذمي
من أهل دار الاسلام وهو يملك الخصومة بنفسه فيملك أن يوكل الحربي المستأمن بها قال
فان كان الحربي مستأمنا فلحق بدار الحرب فان كان الذي وكله مسلما أو ذميا انتقلت الوكالة
لتباين الدارين حقيقة وحكما وذلك قاطع لاقوى أنواع العصمة وهو النكاح فلأن يقطع
الوكالة بالخصومة أولى (ألا ترى) ان ابتداء التوكيل بهذه الصفة لا يجوز فكذلك
لا يبقى قال واذا كان الذي وكله حربيا من أهل داره ففي القياس تبطل الوكالة أيضا لما قلنا
ولكنه استحسن فقال اتفاق الدارين حكما قد نعدم هنا لان المستأمن وان كان في دارنا صورة
فهو من أهل الحرب حكما (ألا ترى) انه ممكن من الرجوع والظاهر انه يرضي بتصرفه بعد
رجوعه الى دار الحرب لانه على عدم اللحوق بدار الحرب بخلاف المسلم والذمي قال واذا
وكل المستأمن مستأمنا بخصومة ثم لحق الموكل بالدار وبقي الوكيل يخاصم فان كان الوكيل
هو الذي يدعي للحربي الحق قبلت الخصومة فيه لما بينا وان كان الحربي هو المدعى عليه ففي
الاستحسان كذلك اعتبارا لاحد الجانبين بالآخر وتحقيقا للتسوية بين الخصمين وفي القياس
تنقطع الوكالة حين يلحق بالدار وبالقياس نأخذ لان المقصود من الخصومة القضاء وانما توجه
القاضي للقضاء على الموكل دون الوكيل (ألا ترى) ان فيما يقيم من الحجة عليه يراعى دين الموكل
دون الوكيل وبعد مارجع الموكل الى دار الحرب حربيا لا يبقى لقاضي المسلمين عليه ولاية

الزام القضاء فلهذا تبطل الوكالة فاما اذا كان الموكل هو المدعى فانما يوجه القاضى القضاء على الخصم الذى هو فى دار الاسلام لخصومة وكيل الحربى وله هذه الولاية فلهذا بقيت الوكالة قال ولو وكل المستأمن ذميا ببيع متاع أو بتقاضى دين سوى الخصومة ثم لحق بدار الحرب فهو جائز لان ابتداء التوكيل وهو في دار الحرب صحيح فبقاؤه أولى قال وان كان الموكل ذميا والوكيل مستأمنا فلحق بالدار بطلت الوكالة لان الذمى من أهل دارنا كالمسلم ومن هو في دار الحرب حقيقة وحكما في حق من هو في دار الاسلام كالميت فكما لا يبقى بعد موت الوكيل فكذلك بعد لحاقه بخلاف ما اذا كان الموكل حربيا لانه من أهل تلك الدار حكما فلا يصير الوكيل باللحوق بالدار فى حقه كالميت قال وان وكل المرتد وهو فى دار الحرب وكيلا ببيع شئ من ماله فى دار الاسلام لم يجز لان بلحوقه بالدار زال ماله عن ملكه وصار فى حكم الميت ولهذا يقضي بالمال لوارثه لانه انما وكل ببيع مالا يملك بيعه بنفسه فان أسلم بعد ذلك لم تجز الوكالة لانه لما لم يكن مالكا عند التوكيل تعينت جهة البطلان فى وكالته فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك بعود الملك اليه (ألا ترى) انه لو باع بنفسه ثم أسلم لم ينفذ ذلك البيع قال ولو وكله وهو مسلم ثم ارتد ثم أسلم قبل لحاقه بدار الحرب فهو على وكالته فى جميع ذلك لان ملكه لم يزل قبل لحاقه بل توقف وباسلامه قبل لحاقه يعود (ألا ترى) انه لو باع بنفسه ثم أسلم نفذ البيع فكذلك تبقى وكالة الوكيل في جميع ذلك ماخلا النكاح لانه بالردة خرج من ان يكون مالكا للنكاح بنفسه فتبطل الوكالة به أيضا ثم لا يعود الا بالتجديد قال ولو لحق بدار الحرب مرتدا ثم جاء مسلما فالوكيل على وكالته إلا أن يكون القاضى قضى بلحاقه وقسم ماله بين ورثته فحينئذ ينعزل الوكيل ثم لا يعود وكيلا وان جاء مسلما لان اللحوق بدار الحرب اذا لم يتصل به قضاء القاضى فهو غيبة واذا اتصل به قضاء القاضي فهو كالموت ولم يذكر هذا التقسيم فيما اذا كان ابتداء التوكيل بعد ما لحق بدار الحرب فمن أصحابنا رحمهم الله من قسمه على أحد الفصلين والاصح هو الاول والفرق بينهما أن تعيين اللحوق بدار الحرب لا يمنع ابتداء التصرف من المرتد فلا يمنع بقاءه ما لم يقض القاضى بلحاقه (ألا ترى) أنه لو باع بنفسه بعد ما التحق بدار الحرب شيئا من ما له فى دار الاسلام ثم جاء مسلما لم ينفذ ذلك البيع فكذلك الوكالة بلا فرق بينهما قال واذا وكل الرجلان رجلا ان يشترى لهما جارية بعينها ثم ارتد أحدهما ولحق بالدار ثم اشتراها الوكيل لزم الوكيل نصفها والموكل الثانى نصفها لان

كل واحد منهما وكله بشراء النصف له ففي نصف الذي لحق بالدار جعل كأنهما لحقا فيكون الوكيل مشتريا لنفسه وفي نصيب الذي بقي يجعل كأنهما بقيا في دارنا فيكون مشتريا له وهذا قياس موت أحد الموكلين فان قال ورثة المرتد اشتريتها قبل ان يرتد صاحبها وكذبهم الوكيل فالقول قوله مع يمينه لان الورثة يدعون الارث فيما لم يثبت الملك لمورثهم فيه ولان الشراء حادث فيحال بالحدوث الي أقرب الأوقات وهم يدعون فيه تاريخا سابقا ولان الظاهر أن المرء يكون متصرفا لنفسه حتى يقوم الدليل علي أنه يتصرف لغيره ولو كان الوكيل نقد مال المرتد فالقول قول الورثة لان الظاهر شاهد لهم فان الانسان في تصرفه لنفسه لا ينقد مال غيره. فان أقاما البينة فالبينة بينة الورثة أيضا لانهم يثبتون الملك لمورثهم وسبق التاريخ في العقد الذي باشره الوكيل وعلي هذا لو كان المرتد هو الموكل وحده فالجواب لا يختلف ولو قال الوكيل اشتريتها قبل لحاقه بدار الحرب وكذبه الورثة فالقول قول الوكيل اذا كان المال مدفوعا اليه وهو ليس تعيين مال قائم في يده أو يد غيره وان لم يكن المال مدفوعا اليه فالقول قول الورثة لانه يدعى عليهم وجوب ثمن المشترى وهم ينكرون ذلك وكذلك ان كان المال المدفوع اليه بعينه في يده أو في يد البائع لان عينه صارت ملكا لهم فهو بقوله يبطل ملكهم وقد بينا نظير ذلك في موت الموكل قال واذا وكل الرجل رجلا ان يخلع امرأته علي مال أو يطلقها بتا بغير مال ثم ارتد الزوج ولحق بالدار أو مات وخلعها الوكيل أو طلقها فقالت المرأة فعل ذلك بعد موت زوجي أو بعد لحاقه وقال الوكيل والورثة كان ذلك في حياته واسلامه فالقول قول المرأة والطلاق باطل ومالها مردود عليها ولها الميراث لان الخلع والايقاع من الوكيل حادث والورثة يدعون فيه سبق التاريخ وهو ينكر فالقول قولها الا ان تقوم البينة فحينئذ يثبت التاريخ ببينة الورثة قال ولو وكل وكيلا بعتق عبد له علي مال أو غير مال أو مكاتبته ثم ارتد الموكل ولحق بدار الحرب أو مات فقال الوكيل فعلت ذلك في اسلامه وكذبه الورثة فالقول قول الورثة لان سبب ملكهم في العبد ظاهر فالوكيل مخبر بما يبطل ملكهم عن العين وهو لا يملك انشاءه في الحال فلا يقبل قوله بخلاف ما تقدم فان الورثة لا يخلفونه في ملك المرأة نكاحا فلهذا جعلنا القول قولها هناك وفي الحقيقة لا فرق وفي الموضعين جميعا يجعل تصرفه محالا به علي أقرب الأوقات لانه لم يثبت فيه سبق التاريخ ولهذا لو قامت لهم جميعا البينة أخذ ببينة الوكيل والعبد لان فيها اثبات سبق التاريخ ولو

دفع الى رجل ألف درهم فقال تصدق بها أو اقضها فلانا عنى ثم ارتد الآمر ولحق بالدار فقال الوكيل فعلت ذلك فى اسلامه فالقول قوله لانه أمين مسلط أخبر بما سلط عليه فيوجب قبول قوله اذا لم يكن كذبه ظاهرا وان أقاموا البينة فالبينة بينته أيضا لانه يثبت سبق التاريخ فى تصرفه ببينته وكذلك او وكله ببيع عبد بعينه فقال قد بعته فى اسلامه ودفعت اليه الثمن فان كان مستهلكا فالقول قوله والبينة بينته لما بينا وان كان العبد قائما بعينه لم يصدق الوكيل لانه يخبر بزوال ملك الورثة عنه بتصرف لا يملك انشاءه فى الحال وكذلك هذا كله فى المرتدة اللاحقة بالدار لان بعد اللحوق حال الرجل والمرأة فيه سواء قال وان كان الموكل قد عاد مسلما من دار الحرب ثم اختلف هو والوكيل فالقول فيه مثل الأول كاختلاف الوكيل مع الورثة لما قلنا قال ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها ثم ارتد الآمر ولحق بالدار فقال الوكيل زوجته فى اسلامه وكذبه الورثة والموكل بعد ما جاء مسلما فانه لا يقبل قول الوكيل أو المرأة لان الوكيل يخبر بما لا يملك استئنافه فقد انعزل بردة الآمر ولم يعد وكيلا بعد ما جاء مسلما وليس فى كلامه نفى ضمان عن نفسه بل فيه ايجاب الحق لها فى تركته أو فى ذمته اذا جاء مسلما وان أقاموا البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الحق لنفسها ببينتها وتثبت سبق التاريخ والورثة ينفون ذلك وان لم يكن بينهما بينة يستحلف الورثة على علمهم لانهم لو أقروا بما ادعت لزمهم فان قضى القاضى لهم بالميراث بعد ما حلفوا ثم رجع المرتد مسلما فارادت المرأة أن تستحلفه أيضا فلها ذلك لانها تدعى الصداق دينا في ذمته واستحلاف الورثة لا يسقط اليمين عنه لانهم ما كانوا نائبين عنه فالنيابة فى الايمان لا تجرى قال وتوكيل المرتدة بالتصرفات التى تملك مباشرتها بنفسها صحيحة سواء وكلت بذلك مرتدة مثلها أو مسلما وكذلك ان كان التوكيل قبل ردتها يبقى بعد الردة لانها تبقى مالكة للتصرف بنفسها الا ان توكل بتزويجها وهى مرتدة فان ذلك باطل لانها لا تملك ان تتزوج بنفسها فلا يصح توكيلها بذلك حتى لو زوجها الوكيل فى حال ردتها لم يجز وان لم يزوجها حتى اسلمت ثم زوجها جاز لان التوكيل كالمضاف الى ما بعد اسلامها بمنزلة المعتدة أو المنكوحة اذا وكلت انسانا بأن يزوجها وهذا بخلاف ما اذا كان التوكيل فى اسلامها ثم ارتدت ثم أسلمت فزوجها لم يجز لان ارتدادها اخراج من الوكالة فانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة فى الحال ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها فبعد ما انعزل

لا يعود وكيلها إلا بتجديد قال ولو وكلت المرتدة وكيلا بخصومة أو قضاء دين أو تقاضيه ثم لحقت بالدار انتقضت الوكالة لان لحاقها بمنزلة ردتها حكما كلحاق الرجل لانها باللحوق صارت مستحقة لان تسترق ففيه اتلاف حكما فلهذا تبطل الوكالة فان قال الوكيل فعلت في حياتها أو قبل لحاقها فهو مصدق في المستهلك غير مصدق في القائم بعينه لانه صار مملوكا لورثتها ولو قال قد قبضت دينا لها من فلان لم يصدق على ذلك إلا ببينة وان كان قائما بعينه لان الورثة قاموا مقامها في الدين في ذمة الغريم والوكيل يخبر بتحول حقهم الى العين في حال تملك انشائها فلا يصدق في ذلك إلا ببينة ان قال قد قبضت المال الذى أعطتني فلانة وقد كانت أمرته بذلك فهو مصدق اذا كان المال عينا قائما بعينه لانه يخبر بما كان مسلطا عليه ويقصد بذلك نفي الضمان عن نفسه فكان القول قوله قال واذا وكلت المرتدة وكيلا بقبض وديعة لها ثم ماتت فقال الوكيل قد قبضتها ودفعتها اليها وقالت الورثة قبضتها بعد موتها فالقول قول الوكيل لانه أخبر بما كان مسلطا عليه والوديعة ماكانت مضمونة وهذا بخلاف الدين فانه كان مضمونا في ذمة الغريم فلا يقبل قول الوكيل في قبضه اذا كان لا يملك انشاء القبض في الحال لان فيه اسقاط الضمان عن الغريم ولو وهب لها هبة أو تصدق عليها بصدقة فوكلت وكيلا بقبضها ثم ماتت فقال الوكيل قد قبضتها ودفعتها اليها فالقول قول الوكيل لانه يخبر بما جعل مسلطا عليه أمينا فيه وان قال الواهب قبضتها بعد موتها فالقول قول الوكيل أيضا لان الواهب يدعي الضمان لنفسه عليه فلا يصدق الا بحجة فان كون القبض حادثا يحال بحدوثه على أقرب الاوقات نوع من الظاهر ولا يكفي الظاهر لاثبات الضمان على الوكيل الا أن تكون قائمة بعينها فيكون للواهب أن يرجع فيها لانه يبقى استحقاق المرأة عنها والظاهر شاهد له والظاهر يكفي لدفع الاستحقاق وكذلك لو وهبت هبة فوكلت بدفعها وكيلا ثم ماتت ودفعها الوكيل فقال دفعتها في حياتها فصدقه الموهوب له فلا ضمان على الوكيل لانه كان أمينا في الدفع ولكن ان كانت قائمة في يد الموهوب له فللورثة أن يأخذوها لان الظاهر يشهد لهم فانه انما يحال بالدفع على أقرب الاوقات وهو ما بعد موتها والوكيل يبطل ملك الورثة باختياره بتصرف لا يملك انشاءه فان أقاموا البينة أخذت بينة الموهوب له لانه يثبت الملك لنفسه في الموهوب وسبق التاريخ في دفع الوكيل اليه قال واذا رهنت المرتدة رهنا أو ارتهنته مع التسليط على البيع عند حل الاجل فهو جائز وللوكيل أن يبيعه وان ماتت أو لحقت

بالدار ان كانت رهنت فلقيام حق المرتهن وان كانت ارتهنت فلقيام حق ورثتها وبقاء الوكيل والموكل جميعا قال واذا وكل المكاتب المرتد وكيلا ببيع أو شراء فهو جائز بخلاف الحر على قول أبي حنيفة رحمه الله لان المكاتب بعد الردة يملك التصرف بنفسه لقيام الكتابة فيوكل به غيره بخلاف الحر وهذا لان كسب المكاتب دائر بينه وبين مولاه والمولى راض بتصرفه بخلاف مال الحر فانه يوقف على حق ورثته وهم لا يرضون بتصرفه والمستسعى كالمكاتب فى قوله قال فان لحق المكاتب بالدار مرتدا كان الوكيل على وكالته وكذلك لو أسر أو سبي لان عقد الكتابة باق بعد لحاقه (ألا ترى) أن لحاقه لايكون أعلى من موته وموته عن وفاء لا يبطل الكتابة فكذلك لحاقه فلهذا بقى الوكيل على وكالته والله أعلم بالصواب

باب الوكالة في الدم والصلح

(قال رحمه الله) قد بينا فيما سبق ان وكيل من عليه القصاص اذا أقر بوجوب القصاص على موكله لم يجز استحسانا الا ان يشهد هو وآخر معه ان ادعى المدعى عليه لان قبوله الوكالة لايخرجه من أن يكون شاهدا على موكله اما عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا يشكل لانه عزل قبل الخصومة فشهادته لموكله تجوز فعلى موكله أولى وعند أبي يوسف رحمه الله فقد صار قائما مقام موكله فلم تجز شهادته له ولا يوجد هذا المعنى فى شهادته عليه وهذا اذا لم يسبق من الوكيل انكار فان سبق منه انكار فى مجلس القضاء ثم جاء بعد ذلك يشهد بحضرة المدعى عليه فهو مناقض والشهادة مع التناقض لاتقبل قال والتوكيل بطلب دم جراحة خطأ أو عمدا ليس فيها قود جائز مثل التوكيل فى المال لان العمد الذى لا قود فيه موجبه موجب الخطأ وهو المال وهذا التوكيل لاثبات موجب الفعل والاستيفاء وذلك مال قال ولو وكل رجل رجلا ان يصالح عنه رجلا ادعى عليه دعوى من دين أو عين وان يعمل فى ذلك برأيه فصالحه الوكيل على مائة فهو جائز لانه فوض الأمر الى رأيه على العموم والمال على الآمر دون الوكيل لان الوكيل يضيف العقد الى الموكل فيقول صالح فلانا من دعواك على كذا وفى مثله العاقد يكون سفيرا ويكون المال على من وقع له دون الوكيل قال والوكيل بالصلح ليس بوكيل فى الخصومة لان الصلح عقد ينبنى على الموافقة والمسالمة وهو ضد الخصومة (ألا ترى) أن الوكيل بالخصومة لا يملك الصلح ولو أقر ان ذلك باطل لم يجز اقراره على صاحبه

لان صحة اقرار الوكيل بالخصومة باعتبار أنه وكيل بجواب الخصم والوكيل بالصلح ليس
بوكيل بالجواب وانما هو وكيل بعقد يباشره والاقرار ليس من ذلك العقد فى شئ قال ولو
وكل المدعى عليه وكيلا بالصلح فوكل الوكيل وكيلا بالصلح وفعل لم يجز لانه عقد يحتاج فيه
الى الرأى وانما رضى الموكل برأيه دون رأى غيره فان كانت الدراهم من مال الآمر رجع
بها لان الصلح لا ينفذ فى حقه حين لم يباشره من رضي برأيه وان لم يكن الآمر دفع المال
فصالح الوكيل الآخر ودفع المال من عند نفسه لم يلزم الأول شئ وجاز الصلح عن الموكل
الآخر وهو الوكيل الأول لان الوكيل باشره بأمر الأول فجاز فى حق الأول ولكنه
حصل على وجه لم تتضمنه وكالة الموكل الأول فكان توكيل الاول لم يوجد ولكن أمر
أجنبيا بأن يصالح على مال ويدفع من عند الموكل أو من عنده فهذا الصلح يجوز
ويكون الموكل متطوعا فيه فكذلك هنا الموكل الثانى يكون متطوعا وكذلك لو وكل اثنين
فصالح أحدهما دون الآخر بماله دون مال الموكل جاز ذلك عليه وهو متطوع فيه ولا يجوز
علي الموكل لان الموكل رضى برأيهما فلا يكون راضيا برأى أحدهما وهذا الواحد اذا تفرد
بالصلح كان كالفضولى وصلح الفضولى صحيح اذا أضافه الى نفسه أو أدى المال أو ضمن المال
ويكون متطوعا فيه لمعنى وهو ان موجب الصلح فى حق المصالح المديون البراءة عن الدين
والمشتري ينفرد بذلك وانما يحتاج الى رضاه لوجوب العوض عليه فاذا لم يكن عليه شئ من
العوض سقط اعتبار رضاه وكذلك لو وكله ان يصالح عنه بألف وضمن المال فصالح بالفين
أو بمائة دينار ونقده من ماله أو شيء من العروض أو المكيل أو الموزون من عند الوكيل
فالصلح جائز ولا يرجع علي الموكل بشيء لانه خالف أمره حين صالح على غير ما سمى له
كالفضولي فى هذا الصلح ولو صالحه على أقل من ألف درهم وضمنه جاز على الموكل لانه
امتثل أمره فان صالحه بأقل مما سمى من الدراهم يكون خيرا للموكل فهذا لا يعد خلافا
وقد وقع ضمن بدل الصلح بامره فيكون له أن يرجع به عليه قال ولو وكله أن يصالح على
كر حنطة فصالح على كر شعير أو دراهم جاز على الوكيل دون الآمر لانه خالف ما
أمره به نصا قال ولو وكله أن يصالح على عبد بعينه فصالح على أمة للوكيل جاز عليه ان
ضمن أو دفع ولا يجوز على الموكل لمخالفته أمره نصا قال ولو وكله أن يصالح على كر حنطة
بعينها فصالحه علي غيرها من حنطة أجود منها وضمنها جاز على الوكيل دون الموكل لانه

خالف ماأمره به نصا حين أضاف الصلح الى غير المحل الذى أمره به الموكل وهو أضر على الموكل مما أمره به قال ولو صالح على كر حنطة وسط بغير عينه والكر الذى دفع اليه وسط فنى القياس لايجوز على الموكل لانه لو جاز كان بدل الصلح دينا فى ذمته وهو انما وكله بان يصالح على كر حنطة بعينه وكان بهذا مغيرا العقد الى غير المحل الذى أمر به ولكنه استحسن وقال يجوز صلحه على الموكل لانه ما خالف أمره به بتسمية شئ آخر سوى المأمور به انما ترك التعيين ولا ضرر على الموكل فى ذلك وقد بينا انه انما يعتبر من التقييد ما يكون مفيدا فى حق الموكل دون مالا يكون مفيدا ولان الوكيل قد يبتلى بهذا فقد يتفق الصلح فى غير الموضع الذى فيه الحنطة ولو أضاف العقد الى عينه وهو غير مرئى دخل فيه شبهة الاختلاف بين العلماء رحمهم الله فى جواز شراء مالم يره فتجوّز عن ذلك بتسمية كر وسط مطلقا على أن يدفع اليه ذلك الكر ولما وكله الموكل مع علمه انه قد يبتلى بهذا فقد صار راضيا بترك التعيين قال ولو وكله المدعى أن يصالح على بيت من هذه الدار بعينه فصالح عليه وهو بيت وآخر فهو جائز لانه زاد خيرا بما صنع وحصل مقصوده قال ولو وكله أن يصالح عن هذا البيت بمائة درهم فصالح عنه وعن بيت آخر بمائة درهم والوكيل من جانب المدعى عليه جاز فى حصة ذلك البيت لانه امتثل أمره حين صالحه عن ذلك البيت على أقل مما سمى له قال ولو وكله رب الدار أن يصالح عنه ولم يسم له شيأ فصالح على مال كثير وضمن فهو لازم للوكيل بحكم ضمانه ثم ان كان مما يتغابن الناس فيه جاز على الموكل وان كان أكثر من ذلك لم يجز على الموكل لانه بمنزلة الوكيل بالشراء وقد بينا أن تصرفه هناك يتقيد بما يتغابن الناس فى مثله فاذا زاد على ذلك لم يجز على الموكل فان كان الوكيل وكيلا للمدعى فصالح على شئ يسير فهو جائز على المدعى فى قول أبى حنيفة رحمه الله لانه بمنزلة الوكيل بالبيع والتوكيل مطلق فلا يتقيد بشئ من البدل كما هو مذهبه وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لايجوز الا أن يحط عنه فيما يتغابن الناس فى مثله بمنزلة الوكيل بالبيع والشراء عندهما وان لم يعرف الدعوى فالصلح جائز على كل حال يريد به اذا كان الخصم منكرا ولا حجة للمدعى أولا يعرف مقدار مايدعيه من الدار فالصلح على البدل اليسير فى مثل هذا الموضع متعارف والحط على وجه يكون فيه اسقاط شئ من حق الموكل غير معلوم هنا فلهذا جاز الصلح على كل حال قال واذا وكل المشترى الطاعن بالعيب وكيلا بالصلح فأقر أن صاحبه قد رضى بالعيب فاقراره

باطل لان الوكيل بالصلح لا يملك الخصومة وصحة اقرار الوكيل باعتبار مباشرته أو كونه وكيلا بالخصومة ولم يوجد ذلك قال ولو كان البائع عبدا فوكل مولاه وكيلا بالصلح لم يجز ان كان على العبد دين وجاز ان لم يكن عليه دين كما لو باشر المولى الصلح بنفسه وهذا لان كسب العبد خالص ملك مولاه ان لم يكن عليه دين وحق غرمائه ان كان عليه دين فيكون المولى منه كالاجنبي وكذلك لو كان العبد هو المشترى قال ولا يجوز توكيل المولى على المكاتب بذلك لانه من كسبه كالاجنبي لا يملك مباشرة الصلح بنفسه فلا يملك أن يوكل به غيره ولو كان ابن المكاتب ولدا من أمة له فباع أو اشترى فطعن بعيب أو طعن عليه فوكل المكاتب بالصلح فى ذلك جاز ان لم يكن على الاب دين وان كان دخل عليه دين لم يجز لان كل من فى كتابته فكسبه يكون له بشرط الفراغ من دينه يأخذه فيستعين به فى قضاء بدل الكتابة فاذا لم يكن على العبد دين فالمكاتب يملك هذا الصلح بنفسه فكذلك يوكل غيره به بخلاف ما اذا كان عليه دين قال ولو وكل المكاتب وكيلا بالخصومة فى ذلك لم يجز على أبيه ان كان عليه دين أو لم يكن لان الخصومة فى العيب من حقوق العقد والعقد انما باشره الابن والمكاتب لا يملك الخصومة فيه بنفسه على كل حال فكذلك لا يملك أن يوكل به غيره بخلاف الصلح فانه أنشأ عقدا فى كسبه وهو يملكه اذا كان الكسب حقه وكذلك لو وكل المكاتب وكيلا بتقاضى دين لابنه وبالخصومة فى ذلك لم يجز ان كان على العبد دين أو لم يكن لان الابن هو الذى باشر المداينة فحق القبض والتقاضى اليه دون المكاتب والذى بينا فى المكاتب مع ابنه فكذلك الجواب فى المولى مع عبده قال واذا كان دين بين رجلين فوكل أحدهما وكيلا فاقتضى منه شيأ كان نصف ما أخذ لشريكه لان أصل الدين مشترك بينهما وقبض وكيل أحدهما كقبض الموكل بنفسه وللشريك أن يأخذ منه نصفه وان ضاع المقبوض من الوكيل فللشريك أن يضمن صاحبه نصف ما أخذ الوكيل لان الموكل صار قابضا بقبض وكيله فكان هلاكه فى يد الوكيل كهلاكه فى يد الموكل فلهذا يرجع الشريك عليه بنصفه قال ولن كان وكله بقبض ماله كله فقبضه فهلك منه فللشريك أن يضمن شريكه نصف ذلك كما لو قبضه بنفسه وان شاء ضمن الوكيل لانه فى قبض نصيب الشريك متعد فى حق الشريك فكان له أن يضمنه نصيبه بتعديه ثم يرجع الوكيل بما ضمن لانه قائم مقام من ضمنه ولانه لحقه غرم فيما باشره بأمر الموكل فيرجع به عليه وذكر فى نسخ أبى حفص رحمه الله أن

للشريك أن يضمن شريكه نصف ذلك ان شاء وان شاء ضمن الغريم ثم يرجع الغريم بما ضمن من ذلك على الشريك وهذا هو الاصح لانه اذا لم يجز قبض الوكيل بقي حقه في ذمة الغريم على حاله وانما يكون له أن يضمن الغريم دون الوكيل لان قبض الوكيل لم يصادف ماله ثم قبض الوكيل في حق الموكل كقبضه بنفسه ولو قبض أحد الشريكين بنفسه جميع الدين ثم ان الآخر رجع لحقه على الغريم كان للغريم أن يرجع بذلك على القابض لانه انما دفع اليه المال على أنه يستفيد البراءة من جميع الدين ولم يستفد ذلك فلهذا رجع عليه ويستوى ان أقر الوكيل بالقبض أو قامت به بينة عليه لانه يملك مباشرة القبض بنفسه فيصح اقراره به في حق الموكل قال وان كان الوكيل وكيلا بالخصومة فأقر عند القاضي ان صاحبه الذي وكله به قد قبض حصته جاز ذلك على صاحبه ولم يضمن لشريكه شيئا لان صحة اقرار الوكيل بقبض موكله كان باعتبار انه جواب الخصم وهو وكيل بالخصومة بينه وبين الغريم لا بينه وبين الشريك فلا يثبت قبضه في حق الشريك بهذا الاقرار فلهذا لا يرجع عليه بشئ بخلاف الوكيل بالقبض اذا أقر انه قبض لانه أقر بما سلطه عليه فيكون اقراره بذلك كاقرار الموكل فلهذا كان للشريك ان يرجع عليه بنصف المقبوض قال ولو كان دين بين اثنين وكل أحدهما وكيلا يتقاضاه فاشترى بحصته ثوبا جاز على الوكيل دون الموكل لانه أتى بتصرف آخر سوى ما أمره به فلا ينفذ على الموكل وقد بينا ان الشراء ينفذ على العاقد اذا تعذر تنفيذه على الموكل فيصير مشتريا الثوب لنفسه بما سمي من الثمن دينا في ذمته ثم جعله قصاصا بدين الموكل ولم يصح ذلك فبقي هو مطالبا بالثمن وبقي المطلوب مطالبا بحصة الموكل من الدين وكذلك ان رضي الموكل بذلك لان رضاه انما يعتبر فيما توقف على اجازته وهذا التصرف لم يكن موقوفا فلا يعتبر رضاه فيه قال واذا كان الدين طعاما قرضا بينهما فوكل أحدهما وكيلا بقبض حصته فباعها بدراهم لم يجز على الموكل لانه تصرف بغير ما أمره به وان رضي به الموكل جاز لان بيع نصيبه من الدين كبيع نصيبه من العين بغير أمره فيتوقف على اجازته فاذا أجاز كانت الدراهم له ويرجع شريكه عليه بربع الطعام ان قبض الدراهم أو لم يقبضها بمنزلة ما لو باع نصيبه بدراهم وهذا لانه صار متملكا عوض نصيبه من الدراهم فيجعل نصيبه كالسالم له حكما حين يملك بدله فللشريك ان يرجع عليه بنصفه فقال ولو كان باعها بثوب وقبض لم يجز على الوكيل ولا على الموكل إلا ان يجيزه الموكل بمنزلة مالو باع نصيبه بالدراهم فان قيل ينبغي ان

ينفذ الشراء للثوب على الوكيل لانه فى جانب الثوب مشتر والشراء ينفذ على العاقد اذا تعذر بتقيده على غيره قلنا ولكنه فى جانب الطعام بائع واضافة العقد الى الطعام هو دين للموكل فى ذمة المطلوب بمنزلة اضافته الى طعام هو عين له ومن باع طعام غيره بثوب لا ينفذ عقده مالم يجز صاحبه فاذا أجاز يكون الثوب للعاقد دون صاحب الطعام وهذا لانه مشتر للثوب ومستقرض الطعام من صاحبه في جمله عوضا عن الثوب فيتوقف جانب الاستقراض على اجازة صاحبه ولو جعلنا العقد نافذا قبل اجازته لم يكن بالمسمى من الطعام لانه لا يجوز اخراجه من ملك صاحبه بغير رضاه فاذا أجازه تم رضاه الآن فينفذ العقد في الثوب للوكيل ويكون على الوكيل حصة الموكل من الطعام بسبب استقراضه لانه صار قاضيا به عوض ما اشتراه به لنفسه فاذا قبضه الموكل أخذ منه شريكه نصف ذلك لانه وصل اليه الطعام الأول فاما قبل القبض فلم تملك هو بد لا بمقابلته وانما تحول حقه من نصيبه فى ذمة الغريم الى مثله فى ذمة الوكيل فكان بمنزلة قبوله الحوالة فى نصيبه فلهذا لا يرجع عليه الشريك بشئ حتى يقبضه بخلاف ماتقدم لان هناك يملك الدراهم بمقابلة نصيبه من الطعام *توضيح الفرق ان رجوع الشريك عليه بالطعام هناك لا يجوز ان يكون موقوفا على قبضه الدراهم وهنا هو يقبض من الوكيل الطعام دون الدراهم فيكون رجوع الشريك عليه بالطعام موقوفا على قبضه الطعام قال ولو وكله ان يصالح عنه فى دم عمد ادعى عليه فصالح الوكيل على عشرة آلاف درهم وضمنها فهو جائز لان التوكيل بالصلح عن الدم ينصرف الى بدل الدم وبدل الدم مقدار الدية عشرة آلاف درهم أو ألف دينار أو مائة من الابل أو ألف شاة على قولهما أو مائتا ثوب فاذا صالح الوكيل على شئ من ذلك بعد صلحه على الموكل بعد أن يكون ماسمي معلوما بان قال مائتى ثوب يهودى فيكون هو فى هذا الصلح والضمان ممتثلا لامره فيرجع بذلك ويستوى ان كان أمره بالضمان أولم يأمره بمنزلة الوكيل بالخلع وهذا لانه اذا ضمن البدل فلا حاجة الى اعتبار أمره فى جواز أصل الصلح لان ذلك جائز بدون أمره وانما الحاجة الى ذلك فى الرجوع بالضمان على الآمر فيجعل أمره معتبرا فى ذلك جائزا فلهذا رجع عليه وان لم يأمره بالضمان ولان المباشر لهذا العقد قد يكون ملتزما اذا ضمن للبدل وقد لا يكون ملتزما اذا لم يضمن فينصرف مطلق التوكيل اليهما بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن المهر ولم يأمره الزوج بذلك لم يرجع عليه بشئ وقد قررنا هذا الفرق فيما أمليناه من شرح الجامع

وكذلك لو صالحه على عشر وصفاء بغير أعيانهن كان جائزا لان الدم ليس بمال والحيوان يثبت دينا فى الذمة بدلا عما ليس بمال فان كان قيمة الوصفاء أكثر من الدية تقيد بما لا يتغابن الناس فى مثله فلو ضمن ذلك جاز عليه دون الموكل لانه فى معنى الوكيل بالشراء فانه يلتزم بالصلح البدل عما هو مستحق على موكله من القصاص وتصرفه فى ذلك يتقيد بما يتغابن الناس فى مثله فاذا زاد على ذلك كان بمنزلة الفضولى فينفذ عليه اذا ضمن البدل ولا يرجع على الموكل لانه التزمه بغير أمره قال ولو وكله فان كان طالب الدم هو الذى وكل بالصلح فى ذلك فصالح على بعض ما سميا كان جائزا وان صالحا على مائة درهم جاز على الطالب فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يجوز عندهما إلا ان ينقص من الدية ما يتغابن الناس فى مثله لانه الآن بمنزلة الوكيل بالبيع وان صالح وكيل المطلوب على عبد المطلوب فالصلح جائز فان شاء المطلوب أعطى العبد وان شاء أعطى قيمته لانه أمره بالصلح وما أمره بازالة ملكه عن عين العبد وكان له حق امساك العبد فاذا امسكه كان هذا بمنزلة مالو صالح من الدم على عبد فاستحق والصلح بهذا لا يبطل ولكن يجب قيمة المستحق بمنزلة الخلع فكذلك هنا وكذلك كل شئ بعينه من العروض والحيوان والعقار وان كان مكيلا أو موزونا بعينه فان شاء الموكل أعطاه وان شاء مثله لانه من ذوات الامثال فاذا حبس العين باعتبار انه لم يرض بزواله عن ملكه كان ذلك كالمستحق من يده فيلزمه مثله وان كان بغير عينه وضمن ذلك جاز على الوكيل والموكل لانه امتثل أمره فيما صنع فينفذ تصرفه على الموكل قال واذا وكل المطلوب وكيلا يصالح عنه ويضمن فصالح عنه على مال وسمى ذلك الى أجل وضمن فهو للوكيل على الموكل الى ذلك الأجل لان بالصلح يجب على الضامن المال الى ذلك الأجل فيجب له على الموكل أيضا الى ذلك الأجل بمنزلة الوكيل بالشراء اذا اشترى بثمن مؤجل وان كان بدل الصلح حالا كان للوكيل ان يأخذه من الموكل قبل أن يؤديه بمنزلة الوكيل بالشراء اذا اشترى بثمن غير مؤجل لان الوكيل حين ضمن البدل فالمطالبة للطالب انما تتوجه على الوكيل لا على الموكل وكما تتوجه مطالبة الوكيل على الموكل بخلاف الكفالة فان الكفالة لم تسقط مطالبة الطالب عن الأصيل فلا تتوجه مطالبة الكفيل على الأصيل مالم يؤد عنه وان اعطاه الوكيل به كفيلا لم يكن للكفيل اذا أدى ان يرجع على الموكل بشئ لان الموكل ما أمره باداء شئ عنه ولا بالكفالة ولكن الوكيل هو الذى كفل به فيكون رجوع الكفيل على الوكيل ورجوع

الوكيل على الموكل قال ولو ان الموكل اعطى الوكيل رهنا بالمال قيمته والمال سواء فهلك الرهن عند الوكيل صار مستوفيا بهلاك الرهن ما استوجبه على الموكل فكانه استوفاه حقيقة وعليه أن يؤدى المال للطالب من عند نفسه كما التزمه ولا يرجع به على الموكل لانه قد استوفاه منه مرة قال ولو ان الوكيل صالح للطالب على ألف درهم على ان يكون ذلك على المطلوب دون الوكيل كان ذلك جائزا على ماقاله لانه أخرج كلامه مخرج الرسالة وأضاف العقد الى الموكل وهو المطلوب بالدم فكان على المطلوب وكذلك لوقال الوكيل أعف عنه على ألف درهم فعفا عنه على ذلك كان المال على المطلوب وفى غير الدم الحكم هكذا متى أضاف الوكيل العقد الى المطلوب لا يكون عليه من البدل شئ إذا لم يضمن قال ولو ان طالب الدم وكل وكيلا بالصلح والقبض فصالح كان له أن يقبض المال لانه مأمور بذلك ولانه بمنزلة البائع ولو وكله أن يقول قد عفى عن فلان بالف درهم وقبل ذلك المطلوب لم يكن للوكيل أن يأخذ ذلك المال لانه أضاف العفو الى الموكل وجعل نفسه سفيرا ومعبرا عنه فكان حق قبض المال الى الطالب ولان الوكيل لا تتوجه عليه المطالبة بتسليم المبدل فلا يكون له قبض البدل قال ولو أن المطلوب بالدم وكل وكيلا بما يطالب به أو وكله بالدم لم يكن له أن يصالح لان ما وكل به مجهول فانه لم يبين انه أراد الصلح أو الخصومة فهو عاجز عن تحصيل مقصود الموكل فلهذا لا يجوز صلحه حتى يتبين مراده قال واذا وكل المطلوب بالدم وكيلا يصالح عنه الطالب فالتقى الوكيلان واصطلحا فهو جائز لان مقصود كل واحد من الموكلين يحصل بالصلح مع وكيل صاحبه مثل ما يحصل بالصلح مع صاحبه فلا يكون هذا خلافا من الوكيلين وعلى هذا لو أمر رجلا أن يشترى له خادما بعينه فاشتراه من وكيله أو من رجل اشتراه منه فهو جائز لان المقصود قد حصل للمولى فان مقصوده ملك ذلك الخادم بالشراء بخلاف مالو وكله ببيع عبده من فلان فباعه من غيره لم يجز الا أن يكون ذلك الغير وكيل فلان بشرائه له وقد سبق بيان هذا الفرق قال واذا كان دم خطأ بين الورثة فوكل أحدهم بالصلح في حصته عن عشرة دراهم وقبضها فلبقية الورثة أن يشاركوا الموكل ويخاصموه فيما أخذ كما لو أخذ بنفسه وهذا لان ماوقع عليه الصلح بدل دين مشترك بينهم وهو الدية ولا سبيل لهم على الوكيل لان مافى يده من المال أمانة لمن وكله ويده فيه كيد من وكله فلا يكون لهم معه فى ذلك خصومة كصاحب الدين فانه لاخصومة له مع مودع المديون وان كانت الوديعة من جنس حقه وان هلك المال

عند الوكيل فلا ضمان عليه لاحد ولكن سائر الورثة يأخذون الموكل فيضمنونه بقدر حصتهم مما أخذ وكيله لان هلاك المقبوض في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل قال واذا قضي بالدية مائة من الابل على القاتل وعواقله فوكل الطالب وكيلا بقبضها فقبضها وانفق عليها في علفها وسقيها ورعيها حتى يبلغها الموكل فهو متطوع في ذلك لانه لم يؤمر بذلك فهو أمين أنفق على الامانة بغير أمر صاحبها ولا أمر القاضي قال ولو أمره الموكل ببيعها فوكل الوكيل عبدا له فباعها لم يجز لان الموكل رضي برأيه دون رأي عبده وهذا بخلاف الحفظ فان الانسان يحفظ المال بيد عبده فلا يصير ضامنا بالدفع الى عبده ليحفظه ولكنه يباشر البيع بنفسه فاذا أمر به عبده لم يجز كما لو أمر به أجنبيا آخر قال وان تعذر استرداد عينها فلرب الابل أن يضمن الوكيل لانه متعد بتسليطه عبده على البيع والتسليم وان شاء ضمن عبده قيمة الابل في رقبته لانه متعد بالبيع والتسليم في حقه قال واذا قضى بالدية من جنس فوكله بقبضه فقبض به جنسا آخر لم يجز على الموكل لان حقه تعين في ذلك الجنس بقضاء القاضي فبقبض جنس آخر مكانه يكون استبدل والوكيل بالقبض لا يملك الاستبدال قال وان وكل المطلوب وكيلا يؤدي عنه وقد قضى عليه بالدية بالدراهم فباع بها وكيل الطالب دنانير أو عروضا فهو جائز لانه باع ملك نفسه ثم قضى بالثمن دين المطلوب فان آخر الدينين يكون قضاء عن أولهما ولا فرق في حق المطلوب بين ان يقضى بهذه الطريق وبين ان يقضي بأداء الدراهم فلهذا جاز ويرجع الوكيل بالدراهم على المطلوب قال واذا وكل المطلوب رجلا بالخصومة فأدى الوكيل من عند نفسه لم يرجع به على الموكل لانه مأمور بالخصومة لا بأداء المال فان الخصومة تكون في دفع دعوى المدعى فاما دفع المال فليس من الخصومة في شيء فكان متبرعا كاجنبي آخر قال واذا دفع الدية دراهم الى رجلين وقال أدياها عني فصالحا الطالب من المال على دنانير أو عروض جاز ذلك لانهما عقدا على ملكهما فكانا متطوعين في ذلك لانهما باشرا عقدا غير ما امرا به فانهما أمرا بحمل المال للمطلوب والتسليم اليه ولم يفعلا ذلك بل تبرعا باداء المال من عندهما فيردان على الموكل دراهمه ولو قضى الطالب الدراهم لهما لانهما في حق المطلوب لا فرق بين أن يدفعا تلك الدراهم أو مثلها وقد يبتلى الوكيلان بذلك بان يتفق رؤيتهما الطالب في موضع لا تكون دراهم المطلوب معهما لانه يشق عليهما استصحاب تلك الدراهم في كل وقت فلدفع الحرج عليه استحسنالهما أداء مثل الدراهم ليرجعا فيها قال ولو وكل وكيلا بأن يؤدي عنه دية

ودفع اليه المال فادى نصفه وحط الطالب نصفه فهذا الحط عن الاصيل وليس للوكيل منه شيء لان الحط اسقاط والاسقاط انما يكون عمن عليه المال فان وهبه للوكيل وأمره بقبضه من الاصيل فهو جائز وهي مسئلة الهبة اذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض ثم للوكيل أن يقاصصه بما في يده حتى يستوفى منه ما في يده اذا حضر من عليه الدين لانه لو رده عليه كان له أن يستوفيه منه لتسليط صاحب الدين اياه على قبضه فكذلك اذا كان في يده فله أن يمسكه ولكن بحضر من عليه الدين لانه مأمور بقبضه منه والله أعلم بالصواب

باب الوكالة بالصلح في الشجاج

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا بالصلح في شجة ادعيت قبله وأمره أن يضمن ماصالح عليه فصالح على أكثر من خمسمائة فان كانت الشجة خطأ جاز من ذلك خمسمائة وبطل الفضل لان بدل الشجة مقدر بالخمسمائة شرعا فالصلح على أكثر منه يكون ربا ولو باشره الموكل بنفسه بطل الفضل لهذا فكذلك إذا باشره الوكيل وان كانت عمدا جاز ذلك كله على الموكل اذا كان زاد ما يتغابن الناس في مثله لان الواجب في العمد القود وما يقع عليه الصلح يكون بدلا عن القود فلا يتمكن فيه الربا ولكن الوكيل بمنزلة الوكيل بالشراء وتصرف الوكيل بالشراء انما ينفذ على الموكل في الزيادة بقدر مايتغابن الناس في مثله وان مات المشجوج انتقض الصلح في الوجهين جميعا (وفي مسئلة كتاب الديات) أن العفو عن الشجة لا يكون عفوا عن السراية عند أبي حنيفة رحمه الله فكذلك الصلح عن الشجة لا يكون صلحا عن السراية فاذا مات المشجوج بطل الصلح لانه يتبين أن الحق كان في الدم دون الشجة فكان أولياؤه على دعواهم قال وان كان الوكيل صالح عن الجناية فان برئ من الشجة فالجواب كما بينا لانه حصل مقصود الموكل في اسقاط الموجب للشجة عنه بلفظ الجناية وان مات فيها فالصلح جائز على الوكيل ان كان ضمن البدل ولا يجوز على الموكل لانه تبين أنه صالح عن الدم فان اسم الجناية يتناول النفس وما دونها وانما كان هذا مأمورا بالصلح عن الشجة فيكون هو في الصلح عن الدم متبرعا بمنزلة أجنبي آخر فيلزمه المال بالضمان ولا يرجع به على الموكل قال فان كان الوكيل صالح عن الشجة وهي خطأ وما يحدث منها على خمسمائة فان

المشجوج يجوز له من ذلك نصف العشر ويرد تسعة اعشار ونصف العشر ان كان قبض لان مايحدث منها النفس وهو انما جعل الخمسمائة بالصلح عوضا عن جميع الدية وقد تبين أن الواجب كان بعد نصف عشر الدية فيمسك من بدل الصلح حصة حقه ويرد ما بقي منه ولو مات عن مال الشجة وله مال كثير يخرج ماحطه من ثلثه جاز ذلك على الوكيل ان كان ضمنه ولا يجوز على الموكل لما بينا انه أمره بالصلح عن الشجة وهو انما صالح عن النفس والمشجوج أسقط من حقه مازاد عن الخمسمائة وذلك بمنزلة الوصية منه فاذا كان يخرج من ثلثه كان جائزا وان لم يكن للمشجوج مال الا الدية جازت وصيته بقدر الثلث ثم يخاصم أولياء المشجوج المدعى عليه الشجة في مقدار الثلثين فان ثبت لهم عليه أخذ وا تمام ذلك منه لبطلان وصية المشجوج فيما زاد على الثلث ولو ان المشجوج حط ما يتغابن الناس فيه جاز على الموكل وان كان أكثر من ذلك لم يجز قيل هذا قولهما فاما عند أبي حنيفة رحمه الله فينبغي أن يجوز لان وكيل المشجوج بمنزلة الوكيل بالبيع وقيل بل هذا قولهم جميعا لان بدل الشجة معلوم شرعا فالتوكيل بالصلح ينصرف مطلقه الى ذلك ولكن قدر مايتغابن الناس فيه يكون عفوا لان مبنى الصلح على الاغماض والتجوز بدون الحق قال ولو وكل وكيلا بالصلح في الشجة خاصة فصالح عليها وعلى ما يحدث منها على عشرة آلاف وضمن الوكيل ثم مات المشجوج فالصلح يلزم الوكيل دون الآمر في قول أبي حنيفة رحمه الله بناء على أصله أن اسم الشجة لا يتناول النفس فالآمر انما أمره بالصلح عن الشجة وهو قد صالح عن النفس وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله اسم الشجة يتناول الشجة وما يحدث منها فاذا وكله بالصلح عما يحدث منها كان هو ممتثلا أمره فيما صنع لا مبتدئا شيأ آخر قال ولو وكله بالصلح في شجة فصالحه عن الشجة وعن جرح آخر مثلها جاز على الموكل النصف لانه في حصة ذلك ممتثل أمره وفي الجراحة هو مبتدئ فهو كاجنبي آخر وان كانت الجراحة الاخرى أكبر أو أصغر جاز على الموكل بحساب تلك الشجة وما زاد على ذلك فهو على الوكيل اذا ضمنه لانه متبرع بالتزام ذلك قال واذا وكله بالصلح في موضحة وما يحدث منها فصالح عن موضحتين وما يحدث منهما وضمن جاز على الموكل النصف ولزم الوكيل النصف سواء مات أو عاش لانه في أحد الموضحتين ممتثل أمره وفي الاخرى متبرع بالصلح كاجنبي آخر فان وكله بالصلح في موضحة ادعاها قبل فلان فصالح الوكيل عليها وعلى غيرها جاز عليها ولم يجز على غيرها لان وكيل الطالب

مسقط الحق بالصلح وانما يصح اسقاطه بقدر ما أمره صاحب الحق وفيمازاد علي ذلك هو كاجنبي آخر فلا يصح اسقاطه أصلا قال واذا وكل الرجل رجلا بالصلح فى شجة تدعى قبله وان يضمن البدل فصالح على صنف بغير عينه أو علي عشرة من الغنم أو على خمس من الابل فهو جائز وعلى الوكيل من ذلك الوسط كما لو كان الموكل صالح بنفسه وهذا لانه مال يلتزمه عوضا عما ليس بمال وجهالة الوصف في المسمي لا تمنع صحة التسمية فى مثله كما فى النكاح والخلع ثم يرجع الوكيل به على الموكل لانه التزمه بأمره حين أمره ان يضمن قال ولو وكل المطلوب وكيلا بالصلح في موضحة عمدا فصالح الوكيل على خدمة عبد الموكل سنين فالصلح جائز لان تسمية خدمة عبده كتسمية رقبة عبده وذلك لا يمنع جواز الصلح إلا ان يكون الموكل لم يرض بزوال ملكه عن منفعة عبده فيخير فى ذلك ان شاء رضي به وان شاء لم يرض وعليه قيمة الخدمة وقد بينا نظيره فيما اذا سمى فى الصلح عينا من أعيان ماله وان استحقاقه ذلك المسمي كاستحقاق غيره فلا تبطل به التسمية ولكن يجب قيمة المسمي قال ولو صالحه علي خمر أو خنزير أو حر فهو عفو ولا شئ على الآمر ولا على الوكيل لان القصاص ليس بمال وانما يجب المال فيه بالتسمية واذا كان المسمى ليس بمال لايجب شيء كالطلاق فان من طلق امرأته على خمر أو خنزير أو حر لا يجب عليها شئ وهذا بخلاف البضع لان البضع عند دخوله فى ملك الزوج متقوم (ألا ترى) انه لو سكت هناك عن ذكر البدل يجب مهر المثل ولو سكت عن ذكر البدل هنا لايجب شيء ولو قال الوكيل أصالحك على هذا العبد أو علي هذا الخل فضمنه له فاذا العبد حر والخل خمر فعلى الوكيل ارش الشجة لانه سمي متقوما فاذا ظهر أن المشار اليه ليس بمال تمكن الغرر من جهته فيرجع بأصل حقه وهو أرش الشجة وهو بمنزلة الخلع في هذا ثم الوكيل قد ضمنه فيكون مطالبا بحكم الضمان ويرجع به على الموكل لانه غير مخالف أمره فيما التزم ولو صالحه على عبدين فاذا أحدهما حر فليس للمصالح غير العبد الباقي فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول أبي يوسف رحمه الله الآخر له العبد الباقي وقيمة الحر لو كان عبدا وفى قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله مع العبد الباقي تمام ارش الشجة وهذا الخلاف فى الخلع هكذا فمحمد رحمه الله يقول المصالح سمي عبدين فاذا كان احدهما حرا تحقق الغرر من جهته فيكون حق الطالب فى تمام أرش الشجة هنا وحق الرجوع للزوج فيما ساق اليها من الصداق في الخلع هكذا فيأخذ العبد الباقي

وما زاد على قيمته الى تمام الشجة باعتبار الغرر كما اذا كان الصلح على عبد واحد فظهر انه حر وأبو حنيفة رحمه الله يقول الخلع والصلح باعتبار تسمية الباقي صحيح وتسمية الحر معه لغو فصار ذكره والسكوت عنه سواء بخلاف ما اذا كان المسمى عبدا واحدا لانه لا يمكن تصحيح العقد هناك معاوضة باعتبار ما وقعت الاشارة اليه من العبد الباقي فلهذا جعلنا التسمية فى العبد الأخير لغوا (واصل مذهب أبي حنيفة رحمه الله فى مسئلة الجامع الصغير) اذا تزوجها على عبدين فاذا أحدهما حر فليس لها الا العبد الباقي فى قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله الآخر لها العبد الباقي وقيمة الحر لو كان عبدا وفي قول محمد رحمه الله لها العبد الباقي والزيادة على ذلك الى تمام مهر مثلها قال ولو صالحه على عبد فاذا هو مدبر أو مكاتب أو على أمة فاذا هى أم ولد وضمن الوكيل تسليمه فعليه قيمته فى ماله ويرجع بها على الموكل لان المسمي مملوك متقوم ولكنه استحق نفسه بالحرية الثابتة له فكأنه استحقه غيره ولو وقع الصلح على عبد فاستحق وجبت قيمته فهذا مثله قال واذا شج رجلان رجلا موضحة فوكل وكيلا يصالح مع أحدهما بعينه على مائة درهم جاز كما لو باشر الصلح بنفسه وعلى الآخر نصف الارش لان الواجب بالجناية على كل واحد منهما نصف الارش دون القود فان الاشتراك فى الفعل يمنع وجوب القود فيما دون النفس قال وان وكله ان يصالح مع أحدهما ولم يبين أيهما هو فهو جائز لان هذه جهالة مستدركة ومثلها لا يمنع صحة الوكالة ثم الرأى الى الوكيل يصالح أيهما شاء وكذلك لو كان الشاج واحدا والمشجوج اثنين فوكل وكيلا بالصلح عنهما فصالح عن أحدهما ولم يسمه ثم قال الوكيل هو فلان فالقول قوله لانه ممتثل أمره فى حق من صالح معه وهو المباشر للعقد واليه تعيين ما باشر من العقد لانه كان مالكا للتعيين فى الابتداء فكذلك فى الانتهاء يصح تعيينه ويكون هو بمنزلة الموكل فيه قال واذا اشترك حر وعبد فى موضحة شجاها رجلا فوكل الحر ومولى العبد وكيلا فصالح عنهما على خمسمائة فعلى مولى العبد نصف ذلك قلت قيمة العبد أو كثرت وعلى الحر نصفه لان كل واحد منهما كان مطالبا بنصف الجناية وانما وكلا الوكيل بالصلح عن الجناية فاذا كان كل واحد منهما مطالبا بالنصف كان الوكيل نائبا عن كل واحد منهما فى النصف فعلى كل واحد منهما نصف البدل كما لو كانا حرين أو كان المولي والاجنبي صالحا بانفسهما مع المشجوج وهذا لان المولى بهذا الصلح صار مانعا دفع العبد فيكون مختارا للفداء وعند اختيار الفداء

فوجب جناية العبد والحر سواء وكذلك لو كان ذلك في دم خطأ لما ذكرنا قال ولو أن رجلا قتل عبدا وحرا عمدا أو خطأ فوكل مولى العبد وأولياء الحر وكيلا فصالح القاتل على عشرة آلاف كانت بينهم يضرب فيها أولياء العبد بقيمته وأولياء الحر بالدية كما لو صالحا بأنفسهما وهذا لان كل واحد منهم يضرب في بدل الصلح بجميع حقه وحق مولى العبد في قيمة العبد وحق أولياء الحر في الدية وكذلك لو صالح على احد عشر ألفا وقيمة العبد خمسمائة والقتل عمد لان الواجب هو القصاص دون المال والمال في الصلح من دم العمد لا يتقدر بشيء شرعا فأما اذا كان القتل خطأ فلورثة الحر من ذلك عشرة آلاف والباقي لمولى العبد لان دية الحر في الخطأ مقدرة شرعا بعشرة آلاف لا تجوز الزيادة عليها فلهذا كان لورثة الحر عشرة آلاف قال ولو كان العبد قتل عمدا والحر خطأ فصالح على احد عشر الفا كان لأولياء الحر عشرة آلاف لما بينا وما بقي فلمولي العبد لانه في حقه هذا صلح عن القود فيجوز على قدر من البدل قال ولو كان الحر قتل عمدا والعبد خطأ كان الصلح جائزا وهو مثل الباب الاول لما قلنا قال ولو أن نصرانيا شج موضحة فوكل المطلوب وكيلا مسلما فصالح عنه بخمر وضمن له لم يجز وكان الذمي على حقه لانه ملتزم بدله حين ضمنه بعقد الصلح والتزام المسلم الخمر لا يكون صحيحا ولما وكله بأن يصلح ويضمن كان التوكيل باطلا فيبطل الصلح أيضا والنصراني على حقه قال ولو كان الطالب وكل مسلما فصالح عنه على خمر جاز لان وكيل الطالب سفير عنه لا يتعلق به شيء من الحقوق ولا اليه شيء من قبض البدل وهو قياس نصرانية وكلت مسلما أن يزوجها من نصراني على خمر وذلك جائز فهذا مثله قال ولو كان الطالب والمطلوب مسلمين وقد وكل كل واحد منهما ذميا فصالح على خمر لم يجز لان الوكيلين سفيران عن المسلمين فلا يكون اليهما من حقوق العقد شيء فيكون صلحهما كصلح الموكلين قال ولو أن عبدا قتل خطأ فوكل مولاه وكيلا بالصلح فصالح على عشرة آلاف درهم جاز ذلك ويرد المولى من ذلك عشرة دراهم لان بدل نفس العبد في الخطأ لا يزاد على عشرة آلاف الا عشرة فالزيادة على ذلك أخذ بغير حق فيلزمه رده وعلى قياس ماروى عن أبي يوسف رحمه الله انه لا تتقدر نفس العبد بشيء ولكن تجب القيمة بالغة ما بلغت لا يلزمه به شيء ولو كانت شجة فصالح على ألف درهم جاز لان بدل الطرف من العبد في الجناية لا يتقدر بشيء بل تجب القيمة بالغة ما بلغت بمنزلة الجناية على الاموال وقد ذكر هنا على قول محمد رحمه الله أنه يسلم له من ذلك

خمسمائة درهم ويبطل مابقي وهذا اشارة الى أن الجناية على العبد فيما دون النفس فعلى هذه الرواية يسلم له باعتبار الموضحة نصف عشر بدل نفسه وذلك خمسمائة الا نصف درهم ويلزمه رد ما بقي قال ولو كانت الجناية فقء عين فصالحه على ستة آلاف جاز في ظاهر الرواية لما قلنا وعلى قول محمد رحمه الله يسلم له من ذلك خمسة آلاف الا خمسة ويبطل مابقي وذكر في هذا الكتاب رواية أخرى عن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا صالحه من هذه العين على عشرة آلاف نقصت منها احد عشر درهما ووجه هـذا ان بدل الطرف وان كان لايتقدر بشيء فعلم انه لا يكون مساويا لبـدل النفس واذا كان بدل نفسه يتقدر بعشرة آلاف الا عشرة ينقص من ذلك في بدل العين درهم فلهذا يسلم له عشرة آلاف الا احد عشر درهما قال ولو كان وكيل هذا الصلح وكيل المطلوب فضمن ذلك جاز عليه ولـكن ان كان زاد بقدر مايتغابن الناس فيه لزم ذلك المطلوب حتى يرجع الوكيل عليه لانه ممتثل أمره في الالتزام وان زاد مالا يتغابن الناس فيه كان مخالفا لانه بمنزلة الوكيل بالشراء فيلزمه المال بالضمان ولا يرجع على المطلوب بشيء منه قال واذا وكل رجـلا بشجة موضحة شجها اياه رجل فليس له أن يصالح ولا يعفو ولا يخاصم لانه لم يبين عنـد التوكيـل انه بمـاذا أمره فكان عاجزا عن تحصيل مقصود الموكل بما سمى له ولو أخـذ ارشها تاما كان باطلا في القياس أيضا لما قلنا ان التوكيل باطل حين لم يعرف الوكيل مقصود الموكل وفي الاستحسان ان كان عمدا فكذلك لان الواجب هو القصاص فأخذ الارش يكون صلحا وقد بينا ان الوكيـل بالشجة لا يملك الصلح وان كان خطأ جاز أخذه الارش لابانتفاء أنه استوفى كمال حقه وذلك كان مقصود الموكل وهو نظير ما تقـدم فيما اذا وكل وكيلا بدينة كان له أن يقبضه استحسانا فكذلك اذا وكل وكيلا بشجة لان المراد موجب الشجة وهو الدية قال ولو وكله في كل شيء له لم يكن له أن يتقاضى دينـه ولا يخاصم وانما هو وكيل بالحفظ لان في قوله وكلتك باعيان مالي فانه نص على ماهو له على الاطلاق وذلك في العـين دون الدين ويعلم ان الحفظ مراده وليس في شيء آخر سوي الحفظ بيقين فلهذا لايملك إلا المتيقن به قال ولو قال المشجوج ماصنعت في شجتي من شيء فهو في حل فصالح عليها أجزت ذلك استحسانا لان هذا وقوله وكلته بالصلح عن شجتي سواء فان قوله فهو في حل أي هو من النقصان في حل وذلك انما يكون بالصلح لان مبنى الصلح على الاغماض والتجوز بدون الحق ولو أبرأه منهما لم يجز لانه بهذا اللفظ صار وكيلا بالصلح

ولفظ الصلح يحتمل اسقاط بعض البدل لا كله وفي الابراء اسقاط الكل ولو قال ماصنعت فيها من شيء فهو جائز أجزأت البراءة والصلح وغيره لانه أجاز صنعه مطلقا واسقاط البعض بالصلح أو الكل بالابراء من صنعه فلهذا يجوز ولو قال قد جعلته وكيلا فى الصلح وأمرته بالقبض فصالح عنه فله أن يقبض لانه أمره بالقبض نصا ولو صالح بنفسه ثم أمره بقبض بدل الصلح جاز فكذلك اذا أمره بالصلح والقبض قال واذا وكل الشاج وكيلا بما يدعى قبله فليس له أن يصالح ولا يخاصم ولا يصنع شيأ لان الموكل لم يعين مراده عند التوكيل فكان عاجزا عن تحصيل مقصوده قال واذا وكل المكاتب بالصلح عن جناية ادعيت عليه أو على عبده ثم رد فى الرق ثم صالح الوكيل وهو لا يعلم بعجزه وضمن بدل الصلح فانه لايجوز على المكاتب فى رقبته كما لو صالح بنفسه بعد العجز وعجزه يتضمن عزل الوكيل فى حق المولى لا في حق المكاتب لان ابتداء التوكيل بعد عجزه لايصح فى حق المولى ولكنه يصح فى حق المكاتب وكذلك العجز بعد التوكيل فيكون الوكيل مطالبا بالمال لانه قد ضمنه ويرجع به على المكاتب إذا عتق لان التوكيل فى حقه صحيح وعلى هذا توكيل العبد المأذون بالصلح عن جناية عبده اذا حجر عليه مولاه قال ولو وكل رجل رجلا بالصلح فى شجة ادعيت قبله ثم مات الموكل بطلت الوكالة لان تصرف الوكيل كان على وجه النيابة عن الموكل وقد انقطع رأى الموكل بموته فان صالح الوكيل وضمن جاز عليه فى ماله خاصة لانه متبرع فى الصلح كاجنبي آخر وان لم يمت ومات الطالب فصالح الوكيل ورثته جاز على الموكل لان ورثة الطالب بعد موته يقومون مقامه فى المطالبة بموجب الشجة قال واذا وكله بالصلح فى موضحة شجها اياه رجل فصالح على الموضحة التى شجها فلان ولم يقل هى فى موضع كذا فهو جائز لانه عرفها بالاضافة الى فلان ومحل فعل فلان معلوم معاين فيغنى ذلك عن الاشارة اليه وكذلك اليد والعين والسن فان قال على اليد اليسري والمقطوعة هى اليمنى فالصلح باطل لانه أضاف الصلح الى ما ليس بحق له ولو صالح الموكل بنفسه عما ليس بحق له كان الصلح باطلا فكذلك الوكيل اذا صالح عن مثل ذلك والله أعلم

باب وكالة الوكيل

(قال رحمه الله) واذا وكل الرجل الصبي الذى لايعقل أو المجنون الذى لايعقل ولا

يتكلم فهو باطل لان التوكيل انابة للوكيل مناب نفسه فى العبارة فاذا لم يكن الوكيل من أهل العبارة كان التوكيل باطلا وان كان صبيا يعقل ويتكلم أو مجنونا يعقل فهو جائز لانه من أهل العبارة (ألا ترى) ان تصرفه فى حق الموكل بأمره ينفذ ولكنه ليس من أهل التزام العهدة فعهدة التصرف تكون على الموكل قال ولو وكل وكيلا بشئ من التصرفات وقال ما صنعت فيه من شئ فهو جائز فوكل الوكيل بذلك غيره فهو جائز لانه اخبارمنه على العموم والتوكيل من صنعه قال وان مات الوكيل أو جن أو ارتدولحق بدار الحرب فالوكيل الثانى على وكالته لان الوكيل الثانى وكيل الآمر لاوكيل الوكيل فان فعل الوكيل الأول فى توكيله كفعل الموكل بنفسه فصار هو بعبارة الوكيل الاول وكيلا للموكل ورأى الموكل باق فلهذا بقى على وكالته ولم يذكر فى الكتاب ان الموكل اذا عزل وكيله وجاء فضولي وأخبره بذلك هل ينعزل أولا والجواب فيه على قول أبى حنيفة رحمه الله ان المخبر ان كان عدلا انعزل بخبره والا فلا وفى الفضولي اختلاف الروايات على قول أبى حنيفة رحمه الله فى اشتراط العدالة وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ينعزل بخبر الواحد عدلا كان أو فاسقا وسنقرر هذا الفصل فى المأذون ان شاء الله تعالى فان الحجر على العبد المأذون وعزل الوكيل فى هذا سواء فمن أصلهما أن ما يكون من المعاملات لا يشترط العدالة فى الاخبار به لاجل الضرورة فان العدل فى الخبر لا يوجد فى كل معاملة (ألا ترى) ان فى التوكيل والاذن اذا أخبره به مخبر فوقع فى قلبه انه صادق كان له ان يتصرف وان كان المخبر فاسقا فكذلك العزل على أصل أبى حنيفة رحمه الله اذ كل خبر يتعلق به اللزوم فقول الفاسق لا يكون حجة فيه لان الشرع نص على التوقف فى خبر الفاسق بقوله تعالى فتبينوا وذلك يمنع ثبوت اللزوم بخبره والاخبار بالعزل والحجر يلزمه الكف عن التصرف فلهذا يشترط فيه ان كان فضوليا أن يخبر عن نفسه الا ان يكون رسولا للموكل فحينئذ هو معبر عنه فيكون الملزم قول الموكل لا قوله بخلاف التوكيل والاذن فانه غير ملزم شيئا بل هو بالخيار ان شاء تصرف وان شاء لم يتصرف فلهذا لا تشترط العدالة فيه وذكر فى نوادر هشام رحمه الله انه اذا وكل وكيلا ببيع عبده وقيمة العبد ألف فباعه بأقل من ألف على ان الوكيل بالخيار ثلاثة أيام فصار يساوى ألفين فى مدة الخيار ثم اختار الوكيل البيع ومضت الايام الثلاثة فعند أبى حنيفة رحمه الله يجوز فى الوجهين لانه يملك ابتداء البيع بأقل من قيمته فكذلك يملك الاجازة وعلى قول محمد لا يجوز فى

الوجهين لان عنده لا يملك ابتداء البيع بأقل من قيمته بما لا يتغابن الناس فيه فكذلك لا ينفذ بالاجازة سواء كانت الاجازة بفعله أو بمضي المدة قبل الفسخ لان سكوته عن الفسخ حتى مضت المدة بمنزلة الاجازة منه وعلى قول أبي يوسف رحمه الله ان أجاز الوكيل في الثلاثة فهو باطل كما قال محمد رحمه الله وان سكت حتى مضت المدة تم البيع بمضي المدة ويجعل كان حصول الزيادة بعد مضي المدة قال ولو وكله أن يشتري له فعلى قول زفر رحمه الله يجوز شراؤه على الموكل لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثمنا فالشراء به كالشراء بالدراهم وفي قول أبي حنيفة الآخر رحمه الله وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يكون الوكيل مشتريا لنفسه لانه لما لم يحمل التوكيل في الثمن على العموم لما بيناه حمل على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد فاذا اشترى لغيره كان مشتريا لنفسه وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله انه اذا وكله ببيع متاعه في سوق الكوفة فباعه في بيت في غير سوق الكوفة لا ينفذ بيعه عند زفر رحمه الله لانه خالف ما أمره به نصا وجاز عند أبي يوسف رحمه الله لان مقصود الموكل انما هو سعر الكوفة لا عين السوق وقد حصل مقصوده وانما يراعي من الشروط ما يكون مفيدا على ما بينا قال ولو كان عبد بين رجلين فباع فضولي نصفه من رجل فان أجاز الموليان جاز في النصيبين جميعا بالاتفاق وان أجازه أحدهما فعلى قول زفر رحمه الله يجوز في النصف نصيبه ويبقى النصف نصيب الآخر موقوفا على اجازته لانه هكذا يتوقف وعند الاجازة انما ينفذ على الوجه الذي يتوقف وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز في جميع نصيب المجيز ويصير عند الاجازة كأنه باشر بيع النصف بنفسه فينصرف الى نصيبه خاصة ولو أراد صاحبه أن يجيز بعد ذلك لا تصح اجازته في شيء والله أعلم بالصواب

كتاب الكفالة

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء الكفالة مشتقة من الكفل وهو الضم ومنه قوله تعالى وكفلها زكريا أي ضمها الى نفسه وقال صلى الله عليه وسلم أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين أي ضام اليتيم الى نفسه ومنه سميت الخشبة التي تجعل دعامة الحائط كفيلا لضمها اليه فمعنى تسمية العقد بالكفالة انه يوجب ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل على وجه التوثيق (أحدهما)

الضم فى المطالبة دون أصل الدين بل أصل الدين فى ذمة الاصيل على حاله والكفيل يصير مطالبا كالاصيل وكما يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين فى حق من له ابتداء حتى تكون المطالبة بالثمن للوكيل بالبيع وأصل الثمن للموكل فكذلك يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين فى حق من عليه فتتوجه المطالبة على الكفيل بعد الكفالة وأصل الدين فى ذمة الاصيل وكذلك تنفصل المطالبة عن أصل الدين سقوطا بالتأجيل فكذلك التزاما بالكفالة والمطالبة مع أصل الدين بمنزلة ملك التصرف مع ملك العين فكما يجوز أن ينفصل ملك التصرف عن ملك العين فى حق المطالبة وملك اليد عن ملك العين فى حق المرتهن فكذلك يجوز أن ينفصل التزام المطالبة بالكفالة عن التزام أصل الدين (والطريق الآخر) أن تنضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل فى ثبوت أصل الدين لان الكفالة اقراض للذمة والتزام المطالبة ينبنى على التزام أصل الدين وليس ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه فى ذمة الاصيل مايوجب زيادة حق الطالب لانه وان ثبت الدين فى ذمتهما فلان لا يكون إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما ضامن للقيمة ولا يكون حق المغصوب منه الا فى ذمة واحد لانه لايستوفى الا من أحدهما غير ان هناك اختيار تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر لما فيه من التمليك منه وهنا لا يوجب مالا توجد حقيقة الاستيفاء فلهذا ملك مطالبة كل واحد منهما به (والحوالة مشتقة من التحول) ومنه الحوالة فى الغرس بالنقل من موضع الى موضع وموجبه تحول الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به والعقد ان فى الشرع (وأما الكفالة) فلقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم وماثبت فى شريعة من قبلنا فهو ثابت فى شريعتنا مالم يظهر نسخه والظاهر هنا التقرير فان النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس يكفلون فاقرهم على ذلك وقال النبي صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم *والدليل على جواز الحوالة قوله صلى الله عليه وسلم من أحيل على ملئ فليتبع أى فليتبع من احيل عليه والكفالة مع جوازها وحصول التوثق بها فالامتناع من مباشرتها أقرب الى الاحتياط على ما قيل انه مكتوب فى التوراة الزعامة أولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة واختلف العلماء رحمهم الله فى موجب العقدين فعندنا الكفالة لا توجب براءة الاصيل والحوالة توجب وعند ابن أبى ليلى رحمه الله الكفالة توجب براءة الاصيل كالحوالة لانه لا بد من وجوب الدين فى ذمة الكفيل ومن ضرورته فراغ ذمة الاصيل منه لان ماثبت فى

محل فما دام باقيا في ذلك المحل فرغ منه سائر المحال ضرورة واذا ثبت فى محل اخر فرغ منه المحل الأول ضرورة لاستحالة ان يكون الشيء الواحد شاغلا لمحلين وقد ثبت الدين فى ذمة الكفيل فمن ضرورته براءة ذمة الاصيل وعلى قول زفر رحمه الله الحوالة لاتوجب براءة الأصيل كالكفالة لان المقصود بها التوثق لحق الطالب وذلك فى أن تزاد له المطالبة لا ان يسقط ما كان له من المطالبة ولكنا نقول كل واحد من العقدين اختص باسم واختصاص العقد بموجب هو معنى ذلك الاسم كاختصاص الصرف باسم كان كاختصاصه بموجب هو معنى ذلك الاسم وهو صرف ما في يد كل واحد منهما الى يد صاحبه بالقبض فى المجلس (والسلم) اختص باسم لاختصاصه بموجب هو معنى ذلك الاسم وهو تعجيل أحد البدلين فى القبض في المجلس وتأخير البدل الآخر بالتأجيل فكذلك هنا معنى الكفالة الضم فيقتضى ان يكون موجب هذا العقد ضم أحد الذمتين الى الأخرى وذلك لا يكون مع براءة ذمة الاصيل (ومعنى الحوالة) التحويل وذلك لايتحقق الا بفراغ ذمة الأصيل (ثم الكفالة نوعان) كفالة بالنفس و كفالة بالمال وقد بدأ ببيان الكفالة بالنفس لان ذلك يكون قبل ثبوت المال عادة ومباشرته بين الناس أظهر من مباشرة الكفالة بالمال وافتتح بحديث حبيب الذى كان يقوم على رأس شريح رحمه الله ان شريحا حبس ابنه بكفالة بنفس رجل قال حتى طلبنا الرجل فوجدناه فدفعناه الى صاحبه وفي الحديث دليل عدل شريح رحمه الله فانه لم يمل الى ابنه بل حبسه ولهذا بقى على القضاء نيفا وأربعين سنة وفيه دليل على ان الكفالة بالنفس تصح وأن الكفيل يحبس اذا لم يسلم نفس المطلوب الى خصمه وان تسليم الغير بأمر الكفيل كتسليم الكفيل لانه قال طلبنا الرجل فأخذناه فدفعناه الى صاحبه وجواز الكفالة بالنفس مذهب علمائنا رحمهم الله وعليه عمل القضاة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو أحد أقاويل الشافعي رحمه الله وفى القول الآخر يقول هى ضعيفة وفى القول الثالث يقول لا تكون صحيحة لانه يلتزم ما لا يقدر على تسليمه فيكون كبيع الطير في الهواء وبيانه ان المكفول بنفسه رقبانى مثله لاينقاد له لتسليمه خصوصا اذا كفل بغير أمره وكذلك اذا كفل بأمره لان أمره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية فى نفسه لتسليمه كما ان أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولانه يؤدى المال من مال المكفول عنه وهو الحرف الثانى له ان هذه الكفالة بشرط اداء المكفول به من ملك المكفول عنه ولو كفل بشرط أن يؤديه من

مال المكفول عنه لم يصح فكذلك اذا كفل بالنفس وحجتنا فى ذلك ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كفل رجلا فى تهمة والتكفيل أخذ الكفيل بالنفس وكان بين علي وابن عمرو رضي الله عنهما خصومة فكفلت أم كلثوم رضى الله عنها بنفس على رضى الله عنه وكفل حمزة ابن عمر والاسلمى فى تهمة رجل فاستصوبه عمر رضى الله عنه وان ابن مسعود رضي الله عنه لما استتاب أصحاب ابن النواحة كفلهم عشائرهم ونفاهم الى الشام والمعنى فيه أنه التزم تسليم ماهو مستحق على الأصل فتصح كالكفالة بالمال ومعنى هذا ان تسليم النفس مستحق على الأصيل حقا للمدعى حتى يستوفى عند طلبه فان القاضى يقطعه عن أشغاله ويحضره مجلسه عند طلب خصمه وقد ذم الله تعالى قوما على الامتناع عن الحضور بقوله واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم الآية وانما يذم الامتناع عما هو مستحق عليه فاذا ثبت ان التسليم مستحق وهو مما تجرى فيه النيابة صح التزامه بالكفالة والظاهر أن الانسان لا يكفل الا بنفس من يقدر على تسليمه ممن هو تحت يده أو ينقاد له فى التسليم خصوصا اذا كفل بامره فانه هو الذى أدخله فى هذه الورطة فعليه اخراجه بالانقياد له لتسليمه الى خصمه الا انه اذا كان كفل بالمال والديون تقضى بامثالها وهو موجود فى يد الكفيل فلا حاجة الى اثبات الولاية له فى مال الاصيل فيؤمر بالاداء من مال نفسه ثم يؤمر بالرجوع عليه وفى النفس لا يتأتى التسليم الا باحضار الاصل فيثبت له عليه ولاية الاحضار للتسليم وكذلك ان كان كفل بغير أمره لانه يتمكن من أن يدعى عليه ما لا ليحضره القاضى فيسلمه الى خصمه ويكون هذا كذبا ولا رخصة فى الكذب والاصح أن يقول ليس التسليم كله فى احضار الاصل اذا أتى بالطالب الى الموضع الذى فيه المطلوب فبدفعه يتحقق التسليم مع ان شرط صحة الالتزام كون الملتزم ملتزما ما لا قدرة له على أدائه كالتزام حقوق الله تعالى بالنذر حتى ان من نذر أن يحج ألف حجة يلزمه وان كان لا يعيش هو ألف سنة ليؤدى فهنا أيضا التسليم يتأتى فيصح التزامه وان كان الكفيل ربما يعجز عنه وعن الشعبي رحمه الله فى رجل كفل بنفس رجل فمات المكفول برئ الكفيل وبه نأخذ لمعنيين أحدهما أن الخصومة وتسليم النفس الى الخصم الذى سقط عن الاصيل بموته وبراءة الاصيل بأى طريق يكون موجب براءة الكفيل والثانى أن محل التسليم فات بموته ولا يتأتى التسليم بدون المحل فكما ان عدم تأتى التسليم يمنع ابتداء الكفالة فكذلك يمنع بقاءها ثم ذكر عن أبى حنيفة رحمه الله فى الرجل يكفل بنفس الرجل ثم لم يأت

به أن يحبس ولا يكون ذلك فى أول مرة يتقدم اليه وهـذا لان الحبس نوع عقوبة وانما تتوجه على الظالم ولا يظهر ظلمه فى أول مرة لانه لم يسرته انه لماذا يدعي حتى يأتى بالخصم معه فلهذا لا يحبسه القاضى ولـكنه يأمره أن يأتى بالخصم فيسلمه فاذا امتنع حين ذلك مع تمكنه منه حبسه واذا ارتد المكفول ولحق بدار الحرب لم يبرأ الكفيل لان لحاقه بدار الحرب كونه حكما فى قسمة ماله بين ورثته فاما فى حق نفسه فهو مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فيبقى الكفيل على كفالته وكذلك الاحضار والتسليم يتأتى بعد ردته وعليه تنبني الكفالة اذا علم ذلك لا يحبس الكفيل ولـكنه ان كان يتمكن من الدخول فى دار الحرب واحضاره أمهله فى ذلك مقدار ما يذهب فيأتى به فان لم يفعل حبسه حينئذ بمنزلة مالو كان غائبا فى بلدة أخرى وان كان يعلم أن الكفيل لا يتمكن من ذلك أمهله الى أن يتمكن منـه ويحبسه مالم يمتنع منه بعد تمكنه وهو نظير الكفيل بالمال فانه اذا كان معسرا عاجزا عن الاداء أمهله القاضى الى وقت يساره عملا بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وطريق ثبوت هذا العجز علم القاضى به باقامة البينة عليه ولم يذكر فى الكتاب ان فى مدة عجزه عن الطالب أن يلزم الكفيل فهو على الاختلاف عندنا له ذلك ولكن لا يمنعه من كسبه وحوائجه وعنـد اسماعيل بن حماد رحمهما الله ليس له ذلك وهو نظير الاختلاف فى المديون اذا ثبت عند القاضي عسرته فأخرجه من السجن وسنقرره فى موضعه ان شاء الله تعالى واذا حبس المكفول به بدين أو غيره فللطالب أن يأخذ الكفيل بتسليمه لانه قادر على تسليمه بان يعتقه مما حبس فيه ان كان دينا قضاه عنه أو حقا آخر أوفاه اياه وهذا النوع من التسليم وان كان يلحقه الضرر فيه فقد رضى بالتزامه حتى قدم على الكفالة ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا اذا كان محبوسا عند غير هذا القاضى فاما اذا كان محبوسا عند هذا القاضى فالسبيل للكفيل أن يقول للقـاضى هو فى يديك فاخرجه من السجن لاسلمه الى خصمه حتى يثبت عليه حقه ثم يحبسه بحقهما فالقاضي يجيبه الى ذلك لانه طلب منه أن ينظر له وليس فيه ضرر على أحـد فيجيبه القاضي الى ذلك وان مات الكفيل بطلت الكفالة لان تسليم الكفيل المطلوب بعد موت الكفيل لا يتحقق منه ولا تتوجه المطالبـة بالتسليم على ورثته لانهم لم يكفلوا له بشئ وانما يخلفونه فيما له لا فيما عليه (ألا ترى) أن من عليه القصاص اذا مات لا يخلفه وارثه فيما عليه وكذلك لا يبقى باعتبار تركته بعد موته لانه انما يبقى باعتبار التركة بعد الموت ما يمكن استيفاؤه

من التركة والكفالة بالنفس لا يمكن استيفاؤها من المال فلهذا لا يبقى باعتبار التركة واذا أقر الطالب انه لا حق له قبل المكفول ثم أراد أخذ الكفيل بتسليم نفسه فله ذلك واقراره بهذا لا يمنع ابتداء الكفالة فلا يمنع بقاءها بطريق الاولى وهذا لانه ربما يكون وصيا لميت له عليه حق أو وكيلا في خصومة له قبل ذلك الرجل حق فانتفاء حق نفسه عنه لا يمنع استحقاق التسليم له بهذا الطريق فلهذا كان الكفيل مطالبا بتسليم نفسه وان لم يقر الطالب بذلك ولكن بقى المكفول به فأخذ منه كفيلا آخر لا يبرأ الكفيل الاول لانه لا منافاة بين الكفالة الثانية والأولى ومقصود الطالب من هذه الزيادة التوثق بحقه فلا يتضمن براءة الكفيل الاول وكذلك ملاقاة الطالب مع المكفول لا يمنع بقاء الكفالة لان ذلك كان موجودا عند ابتداء الكفالة ولم يمنع صحة كفالته فلان لا يمنع بقاءها أولى واذا سلم الكفيل المكفول الى الطالب برئ منه لانه أوفاه ما التزمه له فانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة وقد أتى به وهو كالمطلوب اذا أوفى الطالب ما عليه من الدين ويستوى ان قبله الطالب أو لم يقبله لان الكفيل يبرأ بايفاء عين ما التزم فلا يتوقف ذلك على قبول صاحب الحق كالمديون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدى الطالب وتضرر من عليه فانه يمتنع من ذلك اتقاء لحق نفسه والضرر مدفوع بحسب الامكان واذا كفل بنفس رجل على ان يوافى به في المسجد الاعظم فدفعه اليه بالكناسة أو فى السوق أو فى غير ذلك الموضع من المصر برئ لان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا فاما اذا لم يكن مفيدا فلا وتقييد التسليم بالمصر مفيد لانه اذا سلمه خارج المصر ربما يهرب منه أو لا يتمكن من احضاره بل يمتنع منه أما في المصر فالتقييد بموضع منه غير مفيد لانه يتمكن من احضاره مجلس الحكم فى أي موضع من المصر سلمه اليه اما بقوة نفسه واما بمعاونة الناس اياه فلهذا لا يعتبر تقييده بالمسجد الاعظم والمتأخرون من مشايخنا رحمهم الله يقولون هذا الجواب بناء على عادتهم فى ذلك الوقت فاما في زماننا اذا شرط التسليم فى مجلس القاضى فانه لا يبرأ بالتسليم اليه فى غير ذلك الموضع لان فى زماننا أكثر الناس يعينون المطلوب على الامتناع من الحضور لغلبة أهل الفسق والفساد فتقييد التسليم بمجلس القاضى مفيد وفيه طريقة أخرى ان نواحى المصر كلها كمكان واحد (ألا ترى) ان فى عقد السلم اذا شرط التسليم فى مصر كذا جاز وان لم يبين فى أى موضع من المصر يسلمه اليه فاذا جعل الكل كمكان واحد قلنا فى أى موضع من المصر سلمه اليه فقد أتى بما التزمه فيبرأ واذا كفل بنفس رجل وهو غائب أو محبوس جاز

وهو حائز ضامن لان تسليمه يتأتى باحضاره أواخراجه من السجن وشرط صحة الكفالة يأبى التسليم واذا طلب رجل الى رجل ان يكفل بنفس آخر ففعل فان الكفيل يؤخذ به ولا يرجع على الآمر ولا على المكفول به أما الكفيل فلانه التزم تسليم ما يتأتى تسليمه فيؤخذ به ولا يرجع عليه فكذلك اذا كفل بنفسه وهو يرجع على الآمر لانه ماضمن له شيئا وانما أشار عليه بمشورة ولم تكن تلك المشورة ملزمة اياه شيئا وانما اللزوم بالتزامه باختياره فلهذا لا يرجع عليه واذا كفل بنفسه الى شهر ثم دفعه اليه قبل الشهر برئ لان التأجيل انما كان لحق الكفيل حتى لا يضيق عليه الأمر في المطالبة قبل الشهر فاذا سلمه قبل مضي الشهر فقد أوفى ما عليه واسقط حق نفسه فهو بمنزلة من عليه دين مؤجل اذا قضاه قبل مضي الأجل برئ ولم يكن للطالب أن يأبى القبول فكذلك هنا لا يكون للمكفول أن يأبى القبول واذا دفع المكفول به الى الطالب فى السجن وقد حبسه غيره فان الكفيل لا يبرأ منه لان المقصود من التسليم أن يتمكن من احضاره مجلس الحكم ليثبت حقه عليه وذلك لا يتأتى اذا كان محبوسا فهو بمنزلة تسليم الطير فى الهواء أو السمك فى الماء وكذلك لو دفعه اليه فى مفازة أو موضع يستطيع المكفول أن يمتنع من الطالب فان المقصود بهذا التسليم لا يحصل للطالب فهو نظير المؤجر اذا سلم الدار الى المستأجر وهناك غاصب يحول بينه وبين السكنى لا يكون هذا التسليم معتبرا واذا دفع اليه فى مصر غير المصر الذى كفل به وفيه سلطان أو قاض برئ فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يبرأ فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله حتى يدفعه اليه فى المصر الذى كفل به فيه قيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حكم فابو حنيفة رحمه الله كان فى القرن الثالث وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون فى الميل بالرشوة وعامل كل مصر ينقاد لامر الخليفة فلا يقع التفارق بالتسليم اليه فى ذلك المصر أو فى مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك فى زمن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر أهل الفساد والميل من القضاة الى أخذ الرشوة فقالا يتقيد التسليم بالمصر الذى كفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب ثم وجه قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ان مقصود الطالب التسليم فى موضع يمكن فيه إثبات حقه عليه بالحجة وربما يكون شهوده على الحق فى ذلك المصر الذى كانت فيه الكفالة فاذا سلمه اليه فى مصر آخر لا يتمكن من اثبات الحق عليه كما لو سلمه اليه فى المفازة وأبو حنيفة رحمه الله يقول

سلمه اليه في موضع آمن وغاب فيبرأ مما سلمه اليه في ذلك المصر وهذا لان المتبر تمكنه من
ان يحضره مجلس القاضي اما ليثبت الحق عليه أو ليأخذ منه كفيلا وهذا قد حصل ثم كما يتوهم
أن يكون شهوده في ذلك المصر يتوهم أن يكون شهوده في ذلك المصر فيتقابل الموهومات
ويبقى التسليم متحققا من الكفيل على وجه الالتزام فيبرأ به واذا كفل بنفس رجل ثم دفعه اليه
وبرئ منه فلزمه الطالب فقال الكفيل دعه وانا على كفالتي أو على مثل كفالتي أو انا كفيل
به فهو لازم له أتى بلفظ صالح لانشاء الكفالة به أما قوله انا على كفالتي أي بعقد انشائه
سوى الاول لانه لاوجه لتصحيحه الا هذا ووجه الصحة مقصود كل متكلم عاقل أو معناه
فسخنا ذلك الابراء الحاصل لي بالرد عليك فانا كفيل به كما قلت واذا كفل بنفس رجل
والطالب يدعى قبله مالا عينا أو دينا أو كفالة بنفس أو مال أو وكالة أو وصية فالكفالة صحيحة
لان تسليم النفس بهذه الدعاوى للجواب مستحق على المطلوب وكذلك لو كان الطالب يدعى
قبل المطلوب قصاصا في النفس أو فيما دونها أو حدا في قذف أو سرقة لان تسليم النفس
للجواب يستحق على المطلوب في هذه الدعاوى فيصح التزامه بعقد الكفالة ومراده من هذا
اذا أعطى الكفيل بنفسه طوعا فاما القاضي فلا يأخذه باعطاء الكفيل بنفس في دعوى القصاص
والحد ولكن ان أقام المدعى شاهدين مستورين أو شاهدا عدلا وقال لي شاهد آخر حاضر
حبسه القاضي على قدر ما يرى استحسانا ولا يجبره على اعطاء الكفيل بالنفس وان لم يتم شاهدا
لم يحبسه ولكنه يمكنه من ملازمته اعطاء الكفيل بالنفس وان لم يتم شاهدا لم يحبسه ولكنه
يمكنه من ملازمته اذا ادعى شهودا حضورا الى آخر المجلس ليأتي بهم لانه ينظر لاحد الخصمين
على وجه لا يضر بالآخر والمقصود من الكفالة بالنفس التوثق والاحتياط ومبنى الحدود
والقصاص الدرء والاسقاط فلهذا لا يجبر على اعطاء الكفيل فيه فان قيل فقد قلتم يحبسه بعد
اقامة شاهد عدل ومعنى الاحتياط في الحبس أكثر منه في أخذ الكفيل قلنا الحبس ليس
للاحتياط ولكن لتهمة الدعاوى والفساد فبشهادة الواحد العدل أو شهادة المستورين يصير متهما
بذلك فيحبس تعزيرا له وهذا لان الحبس نوع عقوبة وفي دعوى القصاص والحد عقوبة هي
أقوى من الحبس اذا صار متهما به يعاقب بالحبس فاما في المال فاقصى العقوبات اذا ثبت الحبس
لا يجوز أن يعاقب به قبل ثبوته واذا لم يجز حبسه وجب الاحتياط بأخذ الكفيل بنفسه
ولكن هذا في دعوى الحد والقصاص بنفسه لو كفل صح بخلاف ما اذا كفل بنفس الحد

والقصاص لان ذلك لا تجرى النيابة في ايفائه والكفالة التزام التسليم فاذا حصل بما يمكن استيفاؤه من الكفيل كان باطلا فاما تسليم النفس فتجرى فيه النيابة فلهذا صحت الكفالة ولو لم يدع شيئا من ذلك قبله غير انه كفل له بنفسه فالكفالة جائزة لان الحضور عند دعواه مستحق عليه (ألا ترى) انه لو حضر مجلس القاضي وادعى قبله شيئا أحضره مجلسه للجواب والدعوى ليست بسبب الاستحقاق فعرفنا ان الحضور مستحق اذا لم يسبق ماينفيه فلهذا جازت الكفالة وكان التسليم مستحقا بما التزمه بعقد الكفالة (ألا ترى) انه لو كفل عنه بمال صحت الكفالة وان كان الأصيل منكرا للمال وجعل كالثابت في حق الكفيل فان خاصم الكفيل بالنفس الطالب الى القاضي وقال انه لا حق لهذا قبل الذى كفلت به فان القاضي ينبغي له أن يسأله عن ذلك ولكنه يأخذه بالكفالة لانه التزم تسليم نفسه فيكون مطالبا به ما لم يظهر ماينفيه وما ادعاه قبل الطالب من اسقاط حقه عن المطلوب فانه هو ليس بخصم فيه فلهذا لا يسأل الخصم عنه ولكن ان اقر الطالب انه لا حق له قبل المكفول وانه ليس بوصى لميت قبله خصومة ولا حق له قبله بوجه من الوجوه فان الكفيل يبرأ لان الاقرار بهذه الصفة ينفي استحقاق تسليم النفس للمقر على المطلوب وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وقد ذكر قبل هذا أنه لا يبرأ واختلف الجواب لاختلاف الموضوع فانه وضع المسئلة هناك فيما اذا أقر مطلقا أنه لا حق له قبله وهذا لا يوجب براءة الكفيل لجواز أن يكون الطالب صبيا أو وكيلا وهنا وضع المسئلة فيما اذا فسر اقراره بما ينفي استحقاقه لتسليم النفس عنه من كل وجه وكذلك لو جحد الطالب هذه المقالة وشهد عليه بها شاهد ان برئ لظهور ماينفي استحقاق تسليم النفس عن المطلوب والثابت بشهادة العدالة كالثابت باقرار الخصم أو أقوى منه وقوله ضمنت وكفلت وهو على أو الي سراء يصير به كفيلا بالنفس أما الضمان فهو موجب عقد الكفالة لانه يصير به ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك وكذلك كفلت فان اسم هذا العقد هو الكفالة والعقد ينعقد بالتصريح باسمه ولفظ القبالة كلفظ الكفالة فان الكفيل يسمى قبيلا وهو عبارة عن الالتزام ومنه يسمي الصك الذى هو وثيقة قبالة ولفظ الزعامة كذلك قال الله تعالى وأنا به زعيم وقوله وهو على أى أنا ملتزم بتسليمه لان مبلغ كلمات اللزوم على والى وإلى هنا بمعنى على قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا فالى أو قال على معناه انا ملتزم له واذا أبرأ الطالب الكفيل

من الكفالة برئ منها لانه أسقط خالص حقه وهو من أهله وألحق بمحل السقوط وكذلك قد برئ الى صاحبي فهذا اقرار بالتسليم اليه لانه أقر ببراءته مفتتح بالكفيل مختتم بالطالب وذلك بالتسليم يكون (ألا ترى) ان هذا اللفظ فى المال يكون اقرارا بالاستيفاء وذلك لو قال قد دفعه الى أو قال لاحق لى قبل الكفيل من هذه الكفالة فهو برىء منها لان النفى على سبيل الاطلاق أبلغ وجوه البراءة واذا دفع المكفول به نفسه الى الطالب وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل وهذا وما لو سلمه الكفيل سواء لان للكفيل ان يطالبه بالحضور ليسلمه اذا طولب به فهو انما يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم فلا يكون متبرعا فيه كالمحيل اذا قضي الدين بنفسه وكذلك لو دفعه اليه انسان من قبل الكفيل من رسول أو وكيل أو كفيل لانهم قائمون مقامه فى التسليم أو لم يقبل والمرأة والرجل والذمى والمستأمن فى ذلك سواء واذا كفل ثلاثة رهط بنفس رجل على ان بعضهم كفيل عن بعض كان للطالب أن يأخذ أيهم شاء بنفس الاول وبنفس صاحبه لان كل واحد منهم التزم تسليم نفس المطلوب علكه اليه بنفسه وتسليم نفس صاحبه باشتراط كفالة بعضهم عن بعض وكما تصح الكفالة بنفس المطلوب فكذلك تصح الكفالة بتسليم النفس لابقاء ما التزمه مستحقا عليه فايهم دفع الأول الى الطالب برئ لان تسليم النفس لابقاء ما التزمه مستحق عليه فايهم دفع الاول الى الطالب وأشهد بالبراءة فهو برئ وصاحباه بريئان لانه فى حق صاحبيه هو كفيل بنفسيهما وقد بينا أن تسليم كفيل الكفيل كتسليم الكفيل بنفسه فلهذا يبرؤن جميعا عن تسليم نفس المطلوب كما لو سلموه جميعا وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل فيبرأ كل واحد منهم عن كفالة صاحبه ولو لم يكن بعضهم كفيلا عن بعض كان للطالب ان يأخذ أيهم شاء بنفس الاول وليس له ان يأخذه بصاحبه لانه ماالتزم تسليمهما بنفسهما وأيهم دفع الأول برئوا جميعا لانهم التزموا تسليم نفس المطلوب بعقد واحد فكانوا فيه كشخص واحد ولان المستحق عليهم احضار واحد فبالعقد الواحد لايستحق إلا احضار واحد وقد أتى به أحدهم وهو غير متبرع فى ذلك فكأنهم أتوا جميعا به وهذا بخلاف ما اذا كفل كل واحد منهم بنفسه بعقد على حدة ثم سلمه أحدهم برئ هو دون صاحبه لان هناك كل واحد منهم التزم الاحضار بعقد على حدة فالاحضار المستحق على كل واحد منهم غيرما على صاحبيه وفى الاول التزموا الاحضار بعقد واحد فيكون المستحق عليهم احضار واحد

وقد قال ابن أبي ليلى رحمه الله اذا كفل به الثاني برئ الاول لان الطالب يصير معرضا عن كفالته حين اشتغل بأخذ كفيل آخر وهذا فاسد فانه يأخذ الكفيل الثاني بقصد زيادة التوثق فلا يصير مبرئا للكفيل الاول ولا منافاة بين الكفالتين فالمستحق على كل واحد منهما الاحضار ولا يبعد ان يكون احضار شئ واحد مستحقا على شخصين واذا كفل رجل بنفس رجل وكفل آخر بنفس الكفيل ثم مات الاول برئ الكفيل لان الاصل برئ من الحضور فيبرأ الكفيل الاول ببراءة الاصيل والكفيل الاول أصل في حق الكفيل الثاني فيبرأ ببراءته أيضا وان مات الاوسط برئ الاخير لان الوسط أصل في حق الآخر وقد برئ بموته وان مات الاخير فالاوسط على كفالته لان براءة الكفيل على ماهو سقوط محض لا يوجب براءة الاصيل كما لو برئ الكفيل بالابراء ولو دفع الاول نفسه الى الطالب برئ الكفيلان لما بينا ولو كفل بنفس رجل والطالب غير حاضر فهو باطل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال هو جائز وكذلك الكفالة بالمال اذا لم يكن الطالب حاضرا وفي موضع آخر من هذا الكتاب يقول هو موقوف عند أبي يوسف رحمه الله حتى اذا بلغ الطالب فقبله جاز وذكر الطحاوي رحمه الله قول محمد مع قول أبي يوسف رحمهما الله وهو غلط فان كان الصلح الصحيح من مذهب أبي يوسف رحمه الله التوقف فهو مبني على بيانه في كتاب النكاح وهو ما اذا قال اشهدوا اني تزوجت فلانة وهي غائبة فكما ان هناك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كلام الواحد شطر العقد فلا يتوقف على ماوراء المجلس وعند أبي يوسف رحمه الله جعل كلام الواحد كالعقد التام حتى يتوقف على ما وراء المجلس فكذلك هنا لانه لا ضرر على أحد من هذا التوقف وان كان الصحيح من قول أبي يوسف رحمه الله انه جائز في مسئلة مبتدأة وجه قوله ان الكفالة التزام من الكفيل من غير ان يكون بمقابلته الزام على غيره والالتزام يتم بالملتزم وحده كالاقرار وهذا لانه تصرف منه في ذمته وله ولاية على ذمته ولا يتعدى ضرره الى الطالب لانه لا يزداد بالكفالة حق الطالب وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا الكفالة تبرع وهو تبرع على الطالب بالالتزام له وانشاء سبب التبرع لا يتم بالتبرع مالم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة وهذا لان التزام الحق بانشاء العقد والعقد لا يتم بالايجاب بدون القبول ولا يمكن جعل ايجابه قائما مقام قبول الآخر لانه لا ولاية له عليه فبقي ايجابه شطر العقد وذلك يبطل بالقيام عن المجلس بخلاف الاقرار فانه

اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم بالمخبر ثم قد يتعدى ضرر هذا الالتزام الى الطالب فان على قول بعض العلماء رحمهم الله الكفالة اذا صحت برئ الاصيل فبقى الامر الى الطالب ولعل قاضيا يرى ذلك فيحكم ببراءة الاصيل عن حق الطالب وفيه ضرر عليه فلهذا لا تصح الكفالة الا بقبوله وعلى هذا لو خاطب فضولى عن الطالب على قولهما يتوقف على اجازة الطالب وعلى قول أبي يوسف رحمه الله هو جائز قبله الفضولي أولم يقبله إلا فى خصلة واحدة وهى ما اذا قال المريض لورثته أو لبعضهم اضمنوا عليّ دينى فضمنوا فهذا لا يجوز فى القياس على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال هذا لورثته أو لغيرهم لم يصح اذا ضمنوه فكذلك المريض وفى الاستحسان يصح لان حق الغرماء والورثة يتعلق بتركته بمرضه على أن يتم ذلك بموته وتتوجه المطالبة على الورثة بقضاء ديونهم من التركة فقام المطلوب فى هذا الخطاب لورثته مقام الطالب أو نائبه لانه يقصد به النظر لنفسه حتى يفرغ ذمته بقضاء الدين من تركته فلهذا جوزناه استحسانا بخلاف ما اذا كان صحيحا فانه لا حق لاحد فى ماله ولا مطالبة فى شئ من دينه قبل ورثته فلا يقوم هو مقام الطالب فى الخطاب لهم بهذا الضمان واختلف مشايخنا رحمهم الله فيما اذا قال المريض ذلك لاجنبي فضمن الاجنبي دينه بالتماسه فمنهم من يقول لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بدون الالتزام فكان المريض فى حقه والصحيح سواء ومنهم من يقول يصح هذا الضمان لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بأمره يرجع به في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعله قائما مقام الطالب لضيق الحال عليه بمرض الموت ومثل ذلك لا يوجد فى الصحيح فأخذنا فيه بالقياس ثم هذا من المريض صحيح وان لم يسم الدين ولا صاحب الدين لانه انما يصح بطريق الوصية منه لورثته بأن يقضوا دينه ووجوب تنفيذ الوصية على الورثة لحق الموصي والجهالة لا تمنع صحة الوصية واذا كفل رجل برأس رجل أو برقبته أو بوجهه أو بجسده أو ببدنه جاز لان هذا كله يعبر به عن جميع البدن ولهذا صح ايقاع الطلاق والعتاق به فهذا وكفالته بنفسه سواء وكذلك لو كفل بروحه وهكذا ذكره فى الكتاب خاصة فانه يعبر بالروح عن النفس وكذلك لو كفل بنصفه أو بجزئه لان النفس واحدة فى الكفالة لا تتجزأ فان المستحق احضارها واحضار بعض النفس لا يتحقق وذكر جزء مالا يتجزأ كذكر كله ولو كفل بيده أو رجله فهذا باطل لان هذا

اللفظ لا يعبر به عن جميع البدن ولهذا لا يصح ايقاع الطلاق والعتاق به فكذلك الكفالة ولو قال عليّ أن أوفيك به أو اليّ أن أوفيك به فهو كفيل لان الموافات به احضاره للتسليم وذلك موجب الكفالة وقد التزمه بقوله عليّ أو اليّ وكذلك لو قال على أن أكفلك به يعني على أن أحضره وأسلمه اليك اذا التقينا وذلك موجب الكفالة وكذلك لو قال هو على حتى تجتمعا أو تلتقيا لانه التزام الى غاية وهو اجتماعهما وذلك موجب الكفالة والتصريح بموجب العقد ينعقد به العقد وان قال أنا ضامن لمعرفته فهو باطل لان موجب الكفالة التزام التسليم وهو انما ضمن المعرفة فهذا بمعنى قوله أنا ضامن لان أدخلك عليه أو أوقفك عليه بخلاف مالو قال أنا ضامن بوجهه لان الوجه انما يعبر به عن النفس فكانه قال أنا ضامن بنفسه ولو قال أنا ضامن لك أن تجتمعا أو تلتقيا فهو باطل لان اجتماعهما أو ملاقاتهما فعلهما ولا يكون الانسان ضامنا لفعل الغير بخلاف قوله هو على حتى تجتمعا أو تلتقيا لان قوله هو عليّ اشارة الى نفسه فانه التزم تسليم نفسه الى هذه الغاية وذلك التزام منه لفعله دون فعل الغير واذا كفل وصى الميت غريما للميت بنفسه من رجل فدفعه الكفيل الى ورثة الميت أو غريم من غرمائه لم يجز لانه التزم تسليم النفس الى الوصى وبالتسليم الى غيره لا يكون موفيا ما التزمه والمقصود لا يحصل بالتسليم الى الغرماء وهم لا يتمكنون من اثبات الدين للميت عليه وكذلك الورثة لان أيديهم لا تنبسط فى التركة عند قيام الدين على الميت وانما الوصى هو الذى يتمكن من اثبات الدين عليه واستيفائه فلهذا لا يبرأ بالتسليم الى غيره والكفالة جائزة بالنفس فيما بين الاولاد والازواج والزوجات وفيما بين الاقارب لجوازها بين الاختين بمنزلة سائر العقود من التبرعات والمعاوضات والكفالة بالنفس أو المال الى الحصاد والدياس أو الى الجذاذ أو الى المهرجان أو الى النير وزجائزة الى الاجل الذى سمي لان ما ذكر من الاجل وان كان فيه نوع جهالة فهى جهالة مستدركة متقاربة فان الدياس والحصاد يتقدمان الحر وتأخرهما بامتداد البرد فتكون متقاربة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الكفالة لانها مبنية على التوسع (ألا ترى) ان الجهالة فى المكفول به لا تمنع صحة الكفالة مع انه هو المقصود بها المعقود عليه ففيما ليس بمعقود عليه وهو الاجل أولى وبه فارق البيع فان الجهالة فى المعقود عليه هناك تمنع صحة العقد فكذلك فى الاجل المشروط فيه لانه إذن شرط فى نفس العقد ولهذا روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله انه اذا أجله فى الثمن بعد البيع الى الحصاد أو الى الدياس يجوز لانه اذا لم يكن

الاجل مشروطا فى العقد لا يصير من العقد ولكن تأثيره فى تأخير المطالبة ويجوز تأخير المطالبة الى هذه كما فى الكفالة فان قيل ماتقولون فيما اذا تزوج امرأة بصداق مؤجل الى هذا الاجل فان الصداق يحتمل الجهالة المتقاربة ثم لا يصح اشتراط هذه الآجال فيه قلنا جواب هذا الفصل غير مذكور فى الكتب وبين مشايخنا رحمهم الله فيه خلاف والاصح عندي أنه تثبت هذه الآجال في الصداق لانه لا شك ان اشتراط هذه الآجال لا يؤثر فى أصل النكاح بخلاف البيع فيبقى هذا أجلا في الدين المستحق بالعقد لان فى العقد والمهر يحتمل جهالة الصفة فجهالة الاجل أولى ومن يقول لا يثبت يحول ماهو المعقود عليه فى النكاح وهو المرأة لا يحتمل الجهالة فكذلك الأجل المشروط فيه بخلاف الكفالة وكذلك لو قال الكفالة الى العطاء أو الى الرزق أو الى صوم النصارى أو فطرهم فهذا كله جائز باجل وان كانت فيه جهالة مستدركة ولو قال الى ان يقدم المكفول به من سفره لان قدوم المكفول به من سفره منتشر لتسليم نفسه الي خصمه والتأجيل الى ان ينتشر التسليم صحيح بخلاف مالو قال الى قدوم فلان غير المكفول به لان ذلك غير منتشر لتسليم ما التزمه فيكون تعليقا للكفالة بالشرط المحض وذلك باطل كما لو علقه بدخول الدار أو كلام زيد وهذا لانه انما يحتمل التعليق مايجوز ان يحلف به كالطلاق والعتاق ويعني بقولنا باطل ان الشرط باطل فاما الكفالة فصحيحة لان الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح ونحوه وعلى هذا لو كفل به الى ان تمطر السماء أو الى ان تغيم السماء فالكفالة جائزة والأجل باطل لان ماذكره ليس من الآجال المعروفة بين التجار ولان الاجل بذكر الزمان فى المستقبل ولا يحصل ذلك بهذا اللفظ لجواز ان يتصل هبوب الريح وامطار السماء بالكفالة فيبقى شرطا فاسدا فلا تبطل به الكفالة فاما ماذكر من الحصاد والدياس فذكر زمان فى المستقبل لا بالعلم اذ زمان الدياس ليس زمان الحصاد فيصح ذلك على وجه التأجيل ولو قال انا كفيل بنفس هذا الي قدوم فلان وذلك معه فى الدين عليهما جازت الكفالة الي هذا الاجل لان اشتراط قدومه لينتشر الامر عليه يتمكن الطالب من استيفاء الدين منه فكان هذا وما لو شرط قدوم المكفول بنفسه سواء ولو قال رجل لقوم اشهدوا اني كفيل لفلان بنفس فلان والطالب غائب فقد بينا ان انشاء الكفالة بهذه الصفة لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وسواء أجازه الطالب أو لم يجزه فان قال الطالب حين حضر قد كنت كفلت لي به قبل ذلك وأنا حاضر وانما كان هذا اللفظ اقرارا منك بالكفالة وقال

الكفيل بل انشأت الكفالة بهذا اللفظ فلم يصح فالقول قول الطالب لان صيغة كلامه اقرار ولا نالو حملنا كلامه على الاقرار كان صحيحا ولو حملناه على الانشاء لم يصح وكلام العاقل مهما أمكن حمله على وجه صحيح يحمل عليه وكان الظاهر شاهدا للطالب من هذا الوجه واذا كفل رجل بنفس رجل على أنه ان لم يوثق به غدا فهو كفيل بنفس فلان لرجل آخر وللطالب قبله حق فذلك جائز ان لم يواف بالاول كان عليه الثانى وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله الآخر فاما على قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله فالكفالة بنفس الاول صحيحة وبنفس الثانى باطلة نص على الخلاف بعد هذا فى الكفالة بالمال والكفالة بالنفس والكفالة بالمال فى هذا سواء وجه قول محمد رحمه الله ان هذه مخاطرة لانه علق الكفالة بالشرط وتعليقها لا يجوز كما لو قال ان دخلت الدار فانا كفيل لك بنفس فلان وهذا بخلاف مالو كفل بنفسه على انه ان لم يواف به فعليه المال الذى له عليه لان القياس هناك ان لا تصح الكفالة الثانية لكونها مخاطرة وكنا استحسنا للتعامل الجارى بين التجار وهذا ليس فى معنى ذلك لان ذلك المال كان سببا للكفالة بالنفس فكان بينهما اتصالا من هذا الوجه فاما الكفالة بنفس عمرو فليست بسبب للكفالة بنفس زيد فلا اتصال بين الكفالتين هنا فوجب اعتبار كل واحدة منهما على حدة والثانية منهما متعلقة بالخطر وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالا تعليق الكفالة بخطر عدم الموافاة صحيح كما لو قال ان لم أوافك به غدا فعلى مالك عليه وهذا لان الكفالتين حصلتا لشخص واحد فكان فى تصحيح الثانية تأكيد يوجب الاولى لان موجبها الموافاة فاذا علم انه ان لم يواف به لزمته الكفالة الثانية جد فى طلبه ليوافى به حتى يدفع عن نفسه ضرر التزام الكفالة الثانية ولو قال أنا كفيل لفلان أو لفلان كان جائزا بدفع أيهما شاء الكفيل الى المكفول له فيبرأ من الكفالة لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة على ما بينه فى قوله ماثبت لك على فلان فهو على ان شاء الله تعالى ثم الكفيل بهذا اللفظ يكون ملتزما تسليم أحدهما الى الطالب لاقحامه حرف أو بينهما فيكون الخيار فى بيان ماالتزمه اليه وأيهما سلم فقد وفى بما شرط واذا قال رجل لرجل لفلان على فلان مال فا كفل له بنفسه فقال قد فعلت ثم بلغ الطالب فقال أجزت فانه يجوز لانه عقد جرى بين اثنين ولو كان الملتزم وكيل الطالب كانت الكفالة صحيحة فاذا كان فضوليا توقفت على اجازته فاذا أجاز صار ملتزما وللكفيل أن يخرج من الكفالة قبل قدوم الطالب لانه يدفع اللزوم عن نفسه عند اجازة

الطالب وللعاقد هذه الولاية في العقد الموقوف اذا فسخه المشترى قبل اجازة المالك وليس للمخاطب أن يبطل هذه الكفالة قبل اجازة الطالب لانه لا يدفع به عن نفسه شيأ فان عند الاجازة لا يجب على المخاطب شئ بخلاف البائع في البيع الموقوف فانه يجوز فسخه قبل أن يجيزه المالك لانه يدفع به عن نفسه ضرر لزوم العهدة اذا أجازه المالك واذا وكل رجل رجلا أن يأخذ له من فلان كفيلا بنفسه فأخذ منه كفيلا بنفسه فان كان الكفيل كفل للوكيل فان الوكيل يأخذه بذلك دون الموكل لانه أضاف العقد الى نفسه بقوله أكفل لى والتزام الكفيل تسليم نفس المطلوب اليه فعليه الوفاء بما التزم وان كفل به للموكل أخذه الموكل دون الوكيل لان الوكيل أضاف الكفالة الى الموكل وجعل نفسه رسولا من جهته والكفيل التزم تسليم نفسه الى الموكل فان دفعه في الوجهين جميعا الى الموكل فهو برىء من الكفالة أما في الفصل الثاني فلا يشكل وأما في الفصل الاول فالوكيل وان كان هو الذى يطالب للموكل فاذا سلمه الى الموكل فقد وفي الحق المستحق عليه الى مستحقه وهو كالمشترى من الوكيل اذا دفع الثمن الى الموكل واذا ادعى رجل من رجل كفالة بنفس وأراد يمينه فانه يستحلفه له لانه يدعى عليه حقا مستحقا لو أقر به لزمه فاذا أنكره يستحلف عليه حتى اذا نكل عن اليمين يقام نكوله مقام اقراره فيؤخذ بذلك فان أخذ به فاستعدى على المكفول به أن يحضر فيبرئه عن الكفالة فان كان المكفول به مقرا بانه أمره بالكفالة أمر بان يحضر معه لانه هو الذى أدخله في هذه الورطة فعليه اخراجه منها ولا طريق للاخراج سوى أن يحضر معه ليسلمه فان تسليم نفسه لا يتصور بدون نفسه وان قال كفل لى ولم آمره وحلف على ذلك لم يجبر على الحضور معه لانه تبرع بهذا الالتزام ولم يكن مأمورا به من جهة أحد فيقتصر وبال ماالتزمه عليه الا أن يقيم البينة انه كفل له بأمره فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فيؤمر بالحضور معه واذا كفل رجل بنفس رجل فمات الطالب فلوصيه أن يأخذه بها لان الوصى قائم مقام الموصى في حقوقه وكما يطالب الوصى المطلوب بالحق الذى كان عليه للموصى فكذلك يطالب الكفيل وان لم يكن له وصى أخذه الورثة لانهم خلفاؤه يقومون مقامه في حقوقه وأى الورثة أخذه به فله ذلك ولكن يبرأ الكفيل بدفعه اليه من جهته لا من جهة سائر الورثة حتى ان لهم أن يطالبوه بالتسليم لان كل واحد منهم يقوم مقام الميت فيما هو من حقه ولا يقوم مقام شركائه في حقوقهم (ألا ترى) أنه لا يقبض من المطلوب الا مقدار

حصته من المال ولو دفع اليه جميع المال لم يبرأ من نصيب سائر الورثة ولو كان على الميت دين يحيط بماله ولم يوص الى أحد فدفعه الوكيل الى غرمائه أو الى الورثة لا يبرأ لان المقصود لا يحصل بالدفع اليهم فان الغرماء لا يتمكنون من الخصومة معه والورثة كالاجانب اذا كانت التركة مستغرقة بالدين ولو كان في ماله فضل على الدين وقد أوصى الميت بالثلث فدفع الكفيل المكفول به الى الغرماء أو الى الموصى له لم يبرأ الا أن يدفعه الى الوصي لانه هو القائم مقام الميت للمطالبة بحقوقه حتى يوصل الى كل مستحق حقه فأما الموصى له والورثة فحقهم مؤخر عن حق الغرماء والخلافة لكل واحد منهم بقدر حقه فلهذا لا يبرأ الا بدفعه الى الوصي ولم يذكر في الكتاب ما اذا دفعه الى الثلاثة جميعا قيل يبرأ بالدفع اليهم لان الحق لهم لا يعدوهم والاصح انه لا يبرأ لان الغرماء لا يتمكنون من الخصومة معه فلا يعتبر دفعه اليهم ولا حق للورثة والموصى له مالم يصل الى الغرماء حقهم فاذا أدى الورثة الدين والوصية جاز الدفع الى الورثة وبرئ الكفيل من كفالته لان المانع من صحة الدفع اليهم قيام حق الموصى له والغريم وقد زال ذلك بوصول حقهم اليهم فبقي الحق للورثة فلهذا جاز دفعه اليهم واذا كفل رجل لرجلين بنفس رجل ثم دفعه الى أحدهما برئ من كفالة هذا وكان للآخر ان يأخذه لانه التزم تسليمه اليهما وواحد منهما ليس بنائب عن الآخر في استيفاء حقه فلا يبرأ عن حقه بالتسليم الى الآخر ولكن في حق من سلم اليه المقصود لم يحصل بهذا التسليم لانه يتمكن من خصومته واثبات حقه عليه وكذلك وصيان لميت كفلا رجلا بنفسه للميت عليه دين فدفعه الكفيل الى أحد الوصيين برئ منه وكان للآخر أن يأخذه به سواء كانت الكفالة في صفقة واحدة أو في صفقتين لان كل واحد منهما ينفرد بالخصومة فيحصل المقصود بالتسليم اليه فلهذا برئ من حقه والله أعلم

باب الكفالة بالنفس فان لم يواف به فعليه المال

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل مال فكفل رجل بنفس المطلوب فان لم يواف به الى وقت كذا فعليه ماله عليه وهو كذا فمضى الاجل قبل ان يوافيه به فالمال لازم له عندنا استحسانا وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول لا يلزمه المال وهو القياس لانه علق التزام المال بالخطر وتعلق التزام المال بالخطر باطل كالاقرار لانه انما يعلق بالاخطار ما يجوز ان يحلف به ولهذا لا يجوز تعليق الكفالة بسائر الشروط فكذلك بخطر عدم الموافاة والاستحسان

وجهان أحدهما انه يحمل على التقديم والتأخير فيجعل كأنه كفل بالمال فى الحال ثم علق البراءة على الكفالة بالموافاة بنفسه والموافاة تصلح سببا للبراءة عما التزمه بالكفالة والتقديم والتأخير فى الكلام صحيح فاذا أمكن فى هذا الوجه تصحيح كلامه حمل عليه وللتحرز عن الغاية والثانى ان هذا متعارف فيما بين الناس فان رغبة الناس فى الكفالة بالنفس أكثر منه بالكفالة بالمال فللطالب ان يرضى بأن يكفل بنفسه على أنه ان لم يواف به يكون كفيلا بالمال حينئذ وفيه يحصل مقصوده فانه يجدّ فى طلبه ليسلمه الى خصمه فيتمكن من استيفاء الحق منه وان لم يفعل يصير كفيلا بالمال فقد بينا ان سبب كفالته بالنفس هو المال الذى ادعاه قبله ويكون للحقين اتصال من هذا الوجه فاذا عين الكفالة بأحدهما وأخر الكفالة الثانية الى وقت عدم الموافاة كان صحيحا واذا لم يواف بنفسه حتى لزمه المال لا يبرأ من الكفالة بالنفس لانه لا منافاة بين الكفالتين (ألا ترى) انه لو كفل بهما معا كان صحيحا وبعد ما صحت الكفالة بالنفس لا يستفيد البراءة عنها إلا بالموافاة بالنفس ولم يوجد ذلك وكذلك ان كان قال فعلي مالك عليه ولم يسم كم هو جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة فانها مبنية على التوسع مع ان عين الجهالة لا تؤثر فى العقد وانما المؤثر جهالة تفضي الى المنازعة (ألا ترى) ان بيع القفيز من الصبرة جائز فان جهالة القفيز لا تقتضى المنازعة وهنا الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان الحق الذي له عليه معلوم فى نفسه وان لم يكن معلوما فاعلامه بطريق ممكن فلهذا صحت الكفالة (ألا ترى) أنه لو قال كفلت لك ما أدركك فى هذه الجارية التى اشتريت من درك كان جائزا وأصل لحوق الدرك وقدر ما يلحقه فيه من الدرك مجهول وقد اعتاد الناس الكفالة بهذه الصفة وكذلك لو قال كفلت لك بما أصابك من هذه الشجة التي شجك فلان وهى خطأ كان جائزا بلغت النفس أو لم تبلغ ومقدار ما التزمه بهذه الكفالة مجهول لانه لا يدرى قدر ما يبقى من الشجة وانه هل يسرى الى النفس أولا يسرى فدل ان مثل هذه الجهالة لا تمنع الكفالة وكذلك لو قال كفلت بالمال الذي لك عليه ان وافيتك به غدا فان برئ منه كان جائزا عن المال اذا أسلم نفسه اليه فى الغد لان ابراء الكفيل اسقاط محض والاسقاط بالتعليق بالشرط كالطلاق والعتاق ولان الموافاة بنفسه ممكنة للطالب من الوصول الى حقه فيجعل ذلك قائما مقام وصول حق الطالب اليه فى ابراء الكفيل ولكن هذه الاقامة تكون عند الشرط فلا تثبت بدون الشرط واذا كفل رجل رجلا وقال ان لم أوافك به غدا فعلى ألف درهم ولم يقل

التي لك فمضى الغد ولم يواف به وفلان ينكر ان يكون عليه شيء والطالب يدعى عليه ألف درهم والكفيل ينكر ان يكون له عليه شيء فالمال لازم على الكفيل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وفي قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله لا شيء عليه لان بمجرد دعوى الطالب لا يثبت المال على واحد منهما فكانت هذه رشوة التزمها الكفيل له عند عدم الموافاة والرشوة حرام ولو جعلناه كأنه قال فعلي الالف التي لك عليه لزمه المال ولو جعلناه كانه قال فلك علي ألف درهم ابتداء من جهتي لم يلزمه شيء والمال لا يجب بالشك لعلمنا ببراءة ذمته في الاصل ووقوع الشك في اشتغالها وحجتهما ما بينا ان الصحة مقصود كل متكلم فمهما أمكن حمل كلامه علي وجه صحيح يجب حمله عليه ولو حملناه علي الالتزام بطريق الرشوة لم يصح ولو حملناه علي الالتزام بطريق الكفالة عن فلان كان صحيحا فعلي مالك عليه وهو ألف درهم موجب حمله على هذا الوجه (ألا ترى) أن من قال لغيره لك علي ألف درهم حمل كلامه على الاقرار فيصح ولا يحمل على الالتزام ابتداء لانه اذا حمل عليه لم يصح * توضيحه ان أول كلامه كفالة صحيحة عن فلان والاصل أن ما مبناه على كلام صحيح يكون صحيحا على ما بينا هذا في الفرق بين الوجه واليدان شاء الله تعالى واذا حملنا آخر كلامه علي الكفالة كان ذلك اقرارا منه بوجوب المال على فلان واقراره صحيح في حق نفسه فلا ينفعه الانكار بعد ذلك ولو ادعي الطالب المال وجحد المطلوب وكفل رجل بنفسه فان لم يواف به غدا فعليه الذى ادعى على المطلوب فلو مضى الغد ولم يواف به لزم الكفيل المال عندهم جميعا لانه صرح بالالتزام بطريق الكفالة عن فلان وذلك اقرار بوجوب المال علي فلان لان الكفالة لا تصح الا به واقراره حجة على نفسه فاذا أداه رجع به على المطلوب ان كان أمره أن يكفل عنه بالمال وان لم يأمره بذلك وأمره أن يكفل بالنفس لم يرجع عليه بالمال لانه متبرع بالكفالة بالمال وهذا عندنا وقال مالك رحمه الله الكفيل بالمال اذا أدى يرجع علي الاصيل سواء أمره بالكفالة عنه أو لم يأمره لان الطالب بالاستيفاء منه يصير كالمملك لذلك المال من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل ولكنا نقول تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واذا كفل بأمره فبنفس الكفالة يجب المال للطالب على الكفيل كما يجب للكفيل على الاصيل ولكن يؤخر الى أدائه وهذا لا يكون عند كفالته بغير أمره والثاني أن عند الكفالة بالامر يجعل أصل المال كالثابت في ذمة الكفيل عند الاداء يتملكه بالاداء وذلك يصح

عند وجود الرضا من الطالب والمطلوب واذا كانت الكفالة بغير أمره لا يمكن اثبات أصل المال فى ذمته حتى يتملكه بالاداء لانعدام الرضا من المطلوب بذلك فلهذا لا يرجع عليه قال وكذلك لو كان المطلوب عبدا تاجرا لانه تبرع عليه والعبد فى التبرع عليه كالحر ولو كفل بنفس المطلوب على أن يوافيه به اذا ادعى به فان لم يفعل فعليه الالف التى له عليه فلو سأله الرجل أن يدفعه اليه فدفعه اليه مكانه فهو برىء من المال لان شرط التزام المال عدم الموافاة حين يطلبه منه فاذا وافاه به فى المجلس الذى طلب منه فقد انعدم شرط وجوب المال وان لم يدفعه اليه فقد تقرر شرط وجوب المال فيلزمه وكذلك ان قال ائتنى به العشاء أو الغداء فلم يوافه به على ماقال فالمال لازم عليه لوجود شرطه وان قال الطالب ائتنى به غدوة وقال الكفيل آتيك به بعد غدوة فأبى الطالب أن يفعل فلم يواف به الكفيل غدوة فالمال عليه لان الكفيل استمهله وله أن يأبى الامهال فاذا أباه بطل ذلك الاستمهال فيبقى عدم الوفاء الى الوقت الذى طلب منه فيلزمه المال وان أخره الطالب الى بعد غد كما قال فقد أجابه الى ما التمس من الامهال وصار فى التقدير كأنه أمره بالموافاة بعد غد فاذا أوفاه به فقد برئ عن المال وان مضى بعد غد ولم يوافه به فعليه المال وان كان شرط أن يوافيه به عند مكان القاضى فدفعه اليه فى السوق أو الكناسة فهو برىء من المال لانه أتاه بالموافاة المستحقة عليه فان التقييد بمكان القاضى غير معتبر لان المقصود أن يتوصل الى الخصومة معه وذلك حاصل بالتسليم فى المصر وقد بينا هذه الفصول فى الباب المتقدم وان شرط عليه أن يدفعه اليه عند الامير فدفعه اليه عند القاضى أو شرط عليه عند القاضى فدفعه اليه عند الامير أو شرط له عند القاضى فاستعمل قاض غيره فدفعه اليه عنده فهو برىء لانه ليس المقصود بهذا التقييد عين القاضى والامير وانما المقصود تمكنه من اثبات الحق عليه بالحجة والاستيفاء منه بقوة الوالي وفى هذا المقصود الامير والقاضي الاول والثانى سواء وقد بينا أن ما لا يكون مفيدا من التقييد لا يعتبر ولو كفل بوجهه على انه ان لم يواف به غدا فعليه ماعليه وهو الالف درهم فهو جائز على ماشرط ولو كفل بيده أو برجله على هذا الشرط كان باطلا لا يلزمه المال فيه والفرق بينهما أن الكفالة الثابتة بالمال مبنية على الكفالة الأولى بالنفس والكفالة بالنفس بالاضافة الى الوجه تصح فاذا صح ماهو الاصل صح ما جعل بناء عليه لمعنى وهو ان الكفالة بالمال لا يمكن اثباتها بهذه الصفة مقصودا لانه علقها بالشرط وتعليق الكفالة بالشرط لا يصح وانما

يصححها اعتبار التبعية للكفالة الاولى وثبوت التبع بثبوت المتبوع ففى الفصل الاول لما صح
المتبوع صح التبع وفى الفصل الثانى لم يصح المتبوع فلا يمكن تصحيحه التبع ولا يمكن تصحيح
الكفالة بالمال مقصودا بهذه الصفة فتعينت جهة البطلان فيه واذا كفل رجل بنفس رجل
فان لم يوافه به غدا فالمال الذى للطالب على فلان رجل آخر وهو ألف درهم على الكفيل
فهو جائز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر وفى قول محمد وأبي يوسف
رحمهما الله الأول الكفالة بالمال باطلة (وهذه الفصول أحدها) أن يكون الطالب والمطلوب
واحدا فى الكفالتين فتجوز الكفالتان استحسانا كما بينا (والثانى) أن يكون الطالب مختلفا
فتبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحدا أو اثنين نحو ان يكفل بنفس رجل على انه
ان لم يواف به غدا فالمال الذى لرجل آخر على هذا المطلوب على الكفيل أو المال الذى لرجل
آخر سوى الطالب على رجل آخر سوى المطلوب على الكفيل فهذا باطل بالاتفاق لان عند
اختلاف الطالب الكفالة الثانية لا تكون تابعة للكفالة الأولى ولا يكون تصحيحها مقصودا
لانه تعليق للالتزام بالشرط ولانا عند اتحاد الطالب والمطلوب صححنا الكفالة الثانية حملا
لكلامه على معنى التقديم والتأخير ولا يتأتى ذلك عند اختلاف الطالب فاما اذا كان الطالب
واحدا والمطلوب اثنين فهو على الخلاف كما بينا فمحمد رحمه الله يقول الكفالة الثانية هنا لا يمكن
تصحيحها تبعا للكفالة الأولى لان الكفالة الأولى بنفس غير نفس المطلوب بالمال ولا يمكن
أن تجعل الموافاة بنفسه مبرئة له عما التزمه عن آخر فبقيت هذه كفالة مقصودة متعلقة بالشرط
وهى مخاطرة فلا يصح كما قال فى الفصل الثانى وكذلك لا يمكن تصحيح الكفالة هنا بحمل
كلامه على التقديم والتأخير بخلاف ما اذا اتحد المطلوب فاما أبو يوسف رحمه الله فانه يقول
الكفالة الثانية هنا توثق بحق من وقعت الكفالة الاولى له فيصح كما اذا اتحد المطلوب وهذا
لان الكفالة انما تقع للطالب حتى يحتاج اليه قبول الطالب واذا كان الطالب واحدا أمكن
جعل الكفالتين فى المعنى ككفالة واحدة واتباع الثانية للاولى فيحكم بصحتها بخلاف ما اذا
اختلف الطالب ولو قال فان لم أوافك به فالمال الذي لك عليه وهو مائة درهم والمال الذى
لك على فلان وهو عشرة دنانير علي فان ذلك كله عليه عند عدم الموافاة عند أبى حنيفة وأبى
يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله عليه المال الذي كان على المطلوب دون الذى على غيره
اعتبار الحالة الجمع بينهما بحال افراد كل واحد منهما واستشهد لهما بما لو كان عليهما مال واحد

وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكفل بنفس أحدهما على أنه ان لم يواف به غدا فالمال
الذي على فلان وهو كذا على ان لم أواف به ان ذلك عليه وعذر محمد رحمه الله واضح لان
المال هنا واحد سواء اضافه الى المكفول بنفسه أو الى صاحبه ولو كفل بنفس رجل للطالب
عليه مال فلزم الطالب الكفيل فأخذ منه كفيلا بنفسه على أنه ان لم يواف به فالمال الذي له
على فلان المكفول به الاول عليه فهو جائز وهذا عندهم جميعا وعذر محمد رحمه الله ان الكفالة
بالنفس هنا باعتبار ذلك المال (ألا ترى) ان المطلوب اذا برئ من ذلك المال برئ الكفيل
الاول والثاني فامكن تصحيح الكفالة بالمال تبعا للكفالة بالنفس واذا كفل رجل بنفس رجل
أو بما عليه وهو مائة درهم كان جائزا لانه ردد الالتزام بين شيئين وقد ذكرنا ان مثل هذه
الجهالة لا تمنع صحة الالتزام بحكم الكفالة والخيار الى الكفيل وأيهما سلم المال أو النفس برئ
لان حرف أو للتخيير وعزيمة الكلام في أحدهما واذا كفل بنفس فلان أو بما عليه أو بنفس
فلان آخر أو بما عليه فهو جائز وأي ذلك دفع الكفيل فهو برئ لان الجهالة في المكفول به
لا تمنع صحة الكفالة عند عدم التنصيص فعند التنصيص عليه أولى وأي ذلك دفع فقد وفى بما
لزمه ولو ادعى رجل قبل رجل ألف درهم فأنكرها ثم قال ان لم أوافك به غدا فهو على فان
لم يوافه به غدا لا يلزمه شئ لانه تعليق للالتزام بالخطر بمنزلة قوله ان دخلت دارك فهو على
وهذا بخلاف ما لو كفل رجل بنفس جاحد وقال ان لم أوافك به غدا فالذى تدعى عليه لك
على لان الكفالة بالنفس والمال جائزة ويلزم الكفيل المال ان لم يواف لانه جعل التزام المال تبعا
للكفالة بالنفس وقد صحت الكفالة بالنفس فكذلك بالمال وحقيقة المعنى فى الفرق انه ليس
من شرط توجه المطالبة على الكفيل وجوب أصل المال فى ذمته على ما بينا أن موجب الكفالة
المطالبة بما هو فى ذمة غيره وهو لما قدم على الكفالة صار كالمقر بوجوب المال فى ذمة المطلوب
واقراره بذلك ملزم اياه وان لم يثبت المال له فى ذمة المطلوب بخلاف المطلوب اذا علق الالتزام
بعدم موافاته لانه لا يمكن توجه المطالبة عليه الا بعد وجوب المال فى ذمته ولم يوجد منه
الاقرار بوجوب المال عليه صريحا ولا دلالة فكانت هذه مخاطرة حتى لو كان المطلوب أمر
الكفيل بالكفالة بهذا الشرط يجب المال به على المطلوب كما يجب على الكفيل ولو كفل
رجلا بنفسه فان لم يواف به غدا فالالف درهم التى لك عليه على فلان آخر سوى الكفيل
بالنفس واقرار الكفيل بالمال بذلك فهو جائز على هذا الشرط لان معنى الاستحسان الذى

ذكرنا فى الفصل الاول اذا أضاف الكفالة بالمال الى نفسه يأتى هنا أيضا وهو أن يحمل كلامه على التقديم والتأخير ويجعل كان أحدهما كفيل بنفس المطلوب والآخر بالمال بشرط أن الكفيل بنفسه ان وفى بالنفس برئ الكفيلان جميعا فاِنهما صرح بهذا كان جائزا مستقيما لان عند الموافاة بالنفس الطالب يستغنى عن الكفالتين فلذا تعينت البراءة عن الكفالتين بسبب بعينه عنهما ولافرق فى ذلك بين أن يكون الكفيل رجلا أو رجلين واذا كفل رجل بنفس رجل فان لم يواف به غدا فعليه المال الذي عليه وهو الالف فلم يواف به الكفيل ولكن الرجل لقي الطالب وخاصمه ولازمه فى المسجد حتى الليل فالمال لازم للكفيل لوجود شرطه وهو عدم موافاة الكفيل به وقد بينا أنهما وان تلاقيا لا يبرأ الكفيل به عن الكفالة بالنفس بخلاف ما اذا وافاه به فكذلك فى وجوب المال وهذا لان تسليم المطلوب نفسه الى الطالب أنواع قد يكون عما هو مستحق عليه وقد يكون من جهة الكفالة فلا تتعين جهة الكفالة في تسليمه الا بالتنصيص لان الاصل فى تسليمه انه عما هو مستحق عليه فان الكفالة بناء على ذلك الاستحقاق الا أن يكون المطلوب قال قد دفعت نفسي اليك عن كفالة فلان فحينئذ يصح ذلك منه لانه مطلوب بذلك من جهة الكفيل فيصح تعيينه لتلك الجهة ليسقط به مطالبة الكفيل عن نفسه واذا صح ذلك كان هذا وموافاة الكفيل به سواء فيبرأ من المال (ألا ترى) أنه لو بعث به مع رسوله الى الطالب كان ذلك موافاة منه حتى يبرئه من المال ولو كفل رجل بنفس الكفيل على انه ان لم يواف به غدا فالمال الذى كفل عن فلان وهو ألف عليه فوافى الكفيل الاول بالمطلوب ودفعه اليه فى الغد فالكفيلان بريئان من الكفالة بالمال أما الكفيل الاول فلوجود الموافاة منه وأما الكفيل الثانى فلان الكفيل الاول فى حقه أصيل وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وان لم يواف به الاول ولا الثانى ووافى الكفيل الاول فى الغد فان الكفيل الثانى يبرأ لوجود شرط البراءة فى حقه وهو الموافاة بنفس الكفيل الاول في الوقت الذى اشترطه والتزم المال الكفيل الاول لوجود شرطه وهو عدم الموافاة بنفس المطلوب ولو كفل بنفس رجل فان لم يواف به الى شهر فالمال الذى عليه وهو مائة عليه ثم لقى الطالب به المكفول قبل الاجل فأخذ منه كفيلا آخر بنفسه وبالمال بهذا الشرط أيضا فوافى به أحدهما فى الأجل فان الذى وافى به برىء من المال والنفس ولا يبرأ الآخر لان كل واحد منهما التزم تسليم النفس بعقد على حدة فوافاته به تكون تسليما عن نفسه لا عن غيره فيجب المال على

الآخر لوجود شرطه وهو انعدام الموافاة بالنفس منه وان قال الكفيل الذى وافى به قد دفعته عن نفسي وعن فلان فانه يكون عن نفسه ولا يكون عن فلان لان التسليم الواحد لا يكون عن جهتين ولانه متبرع فى التسليم عن فلان لان ذلك الالتزام غير متعلق به أصلا فهو فى ذلك كأجنبي آخر فلا يصح تسليمه عن فلان الا أن يقبله الطالب فاذا قبله على ذلك برئا جميعا ويصير كأنه سلم مرة عن نفسه ومرة عن فلان فان الاستدامة على مايستدام بمنزلة الانشاء وعلى هذا لو جاء رجل ليس بكفيل فقال قد دفعته اليك عن فلان لم يبرأ واحد منهما الا أن يقبله الطالب عنهما ولو قال المكفول به قد دفعت نفسى اليك عن فلان وفلان برئا جميعا من الكفالتين ولا يشترط قبول الطالب هنا لان الطالب مطالب من جهة كل واحد من الكفيلين بتسليم النفس اليه لتسليمه الى الطالب فلا يكون هو متبرعا فى هذا التسليم فلا يشترط فيه قبول الطالب بخلاف الأجنبي * وتوضيح هذا الكلام لو كان المكفول به قاعدا مع الطالب يحدثه فقال رجل للطالب قد دفعت اليك هذا عن فلان فسكت الطالب أو قال لا لم يبرإ الكفيل وان قال الطالب نعم قد قبلت فالكفيل برىء لان المسلم ليس بخصم عنه فكان متبرعا فلا تقع البراءة للكفيل الا بقبول الطالب ولو كان المتكلم بذلك وكيل الكفيل برئ الكفيل لان وكيله قائم مقامه فصار تسليم النفس كتسليم المال في حكم البراءة ولو ان أجنبيا أدى المال عن المطلوب لم يبرأ المطلوب الا بقبول الطالب بخلاف ما اذا كان المؤدى وكيل المطلوب أو المطلوب نفسه فكذلك البراءة عن الكفالة بالنفس ولو كفل ثلاثة رهط بنفس رجل فان لم يوافوا به يوم كذا فعليهم المال الذى عليه وهو ألف درهم فلم يوافوا به فعلى كل واحد منهم ثلث الالف كما لو أرسلوا الكفالة بالمال والمعنى فيه أنه التزام للمال أو للمطالبة فاذا أضيف الى جماعة يتوزع على عددهم كالاقرار ولو قال ثلاثة نفر لرجل لك علينا ألف درهم يجب على كل واحد منهم ثلث الالف فان وافى به أحدهم فى ذلك اليوم فهم جميعا برآء من المال والنفس لانهم التزموا تسليم النفس بعقد واحد فموافاة أحدهم به كموافاتهم جميعا وكذلك ان كان قال فعليهم الالف التى عليه وبعضهم كفيل عن بعض بها فوافى به أحدهم برئوا جميعا وهذا أظهر وان لم يوافوا به لزمهم المال وللطالب ان يأخذ أيهم شاء بجميع المال لان كل واحد منهم التزم عن الاصيل ثلث المال وكل واحد عن صاحبه كفيل بالثلث الذى التزمه أيضا فان أدى أحدهم جميع المال رجع كل واحد على صاحبه بثلثه ان شاء

لانه كفل عن كل واحد منهم بثلث المال وأدى ثلثه ويرجعون جميعا علي صاحب الاصل بالمال وان شاء المؤدى رجع علي أحد صاحبيه بالنصف لانه يقول أنت مساو لى فى هذه الكفالة وقد أديت المال فارجع عليك بنصفه لنستوى فى القيام بالكفالة كما استوينا فى الكفالة فان قيل كيف يرجع عليه بالنصف وهو انما كفل عنه الثلث قلنا نعم ولكن الثلث الذى علي الثالث المؤدى وهذا الآخر يستويان فى الكفالة عنه بذلك فكان له ان يقول نصف ذلك الثلث أديته بحكم الكفالة عنك لانك كفيل معى عنه بذلك وبعضنا كفيل عن بعض فلهذا رجع عليه بنصفه فاذ افعل ذلك ثم لقيا الثالث رجعا عليه بثلث المال ليستووا في عدد الكفالة ثم اذا لقوا المطلوب رجعوا عليه بجميع المال ولو كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه ألف درهم التى له عليه فلم يواف به فى الغد وقال الطالب وصانى الالف وأديته الفا أخرى أو قال لم يكن لى عليه يومئذ شئ ولكن أديته ألفا قبل حلول الاجل لم يلزم الكفيل من ذلك شئ لانه انما كفل المال الواجب عليه عند الكفالة بالنفس لا عند عدم الموافاة وذلك المال قد سقط أو تبين انه لم يكن واجبا باقرار الطالب وما وجب بعد ذلك لم يتناوله عقد الكفالة فلا يطالب الكفيل بشئ منه ولو قال ان لم يواف به فعليه المائة درهم التى له عليه وما باعه من شئ ما بينه وبين ان يمضى هذا الاجل لزمه على ما قال لان الكفالة هنا كما تناولت الواجب عند الكفالة بالنفس تتناول مايجب بعدها قبل الاجل وكل واحد منهما صحيح لانه أضاف الالتزام بالكفالة الى سبب وجوب المال وهو المبايعة فما كان قائما من المال عند عدم الموافاة يصير الكفيل به كفيلا به ولو كفل بنفس رجل وان لم يواف به الى كذا من الاجل فعليه المال الذى عليه وهو مائة درهم فمات المكفول به قبل الاجل ثم مضى الاجل فالمال على الكفيل لان شرط الوجوب عدم الموافاة وذلك يتحقق بعد موت المكفول به وان قيل شرط وجوب المال عدم موافاة مستحقه وذلك لا يكون بعد موت المكفول به لان الكفالة بالنفس تبطل بالموت فينبغى ان لا يلزمه المال وهو كما قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا قال ان لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته كذا فأهريق الماء قبل الليل لا يقع الطلاق لان الشرط عدم شرب يتأتى أو يكون مستحقا باليمين فى آخر النهار ولا يتحقق ذلك اذا اهريق والجواب عنه ان نقول هما جعلا عدم الموافاة شرط وجوب المال فالتقييد بموافاة مستحقة يكون زيادة ثم حقيقة المعنى وبه يتضح الفرق

ان تصحيح الكفالة بالمال هنا بطريق التقديم والتأخير وهو انه يجعل كأنه كفل بالمال للحال ثم علق التركة عنه بالموافاة بالنفس والموافاة بالنفس لاتوجد بالموت فيبقى المال واجبا بالكفالة ولا حاجة الي هذا التقديم والتأخير فى اليمين بالطلاق لان الطلاق يحتمل التعليق بالشرط وبعد الوقوع لايحتمل الرفع فلهذا افترقا وان مات الكفيل قبل حلول الاجل فان مضى الاجل قبل أن يوافى ورثة الكفيل الطالب بالرجل فالمال دين فى مال الكفيل لان شرط البراءة الموافاة بالنفس ولم توجد ثم يضرب الطالب مع سائر غرمائه فى تركته لان حق الطالب قبله فى حكم دين الصحة فى الوجه قلنا انه يجعل كأنه كفل بالمال فى الحال وعند الكفالة كان صحيحا فلهذا كان حق الطالب بمنزلة غرماء الصحة يضرب معهم فى تركته وان دفعوه اليه فى الاجل أو دفع المكفول به نفسه برئ الكفيل من المال والكفالة لان موافاة الوارث بنفسه كموافاة المورث فى حياته وكذلك دفع المكفول به نفسه من جهة الكفالة بمنزلة دفع الكفيل فقد وجد شرط البراءة عن المال وهو الموافاة بالنفس وان لحق الكفيل بدار الحرب مرتدا فهو بمنزلة موته فى أن تسليم الورثة تقوم مقام تسليمه فى براءة الكفيل لانهم يخلفونه فى أمواله بهذا السبب كما يخلفونه بعد موته وان لحق المكفول به بدار الحرب فان مضى الاجل قبل أن يوافى به فالمال لازم للكفيل لان شرط البراءة عن المال الموافاة بالنفس ولم توجد وأكثر ما فيه أن يكون لحوقه كموته وقد بينا أن المال بعد موته يجب علي الكفيل عند عدم الموافاة فهذا مثله ولو كان المكفول به امرأة فارتدت ولحقت بالدار وسبيت فوافى بها وهى أمة فى الاجل برئ الكفيل من الكفالة والمال لان شرط البراءة وهو الموافاة فى الاجل قد وجد والموافاة تتحقق بعد ماصارت أمة ولانها حين سبيت سقط الدين عنها وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك لو كان المكفول به رجلا فوافى به وهو حلال الدم بردة أو قتل عمدا لان الموافاة بعد حل دمه تتحقق كما تتحقق قبله ولومات الطالب فوافى به الكفيل وصيه برىء من المال والكفالة لان وصيه قائم مقامه بعد موته فتسليم النفس اليه كالتسليم الى الموصي فلهذا يستفيد به البراءة وان لم يكن له وصى فوافى به ورثته فان كان عليه دين يستغرق ماله لم يبرأ بتسليمه الى الورثة لانهم لا يملكون شيأ من تركته مع الدين المستغرق فالتسليم اليهم فى هذه الحال بمنزلة التسليم اليهم قبل موته وهذا لان المقصود لايحصل بالتسليم اليهم فانهم لايتمكنون من مطالبته بالمال فأما اذا لم يكن

عليه دين فيبرأ بتسليمه الى جميع الورثة لانهم خلفاؤه فى التركة فيتمكنون من مطالبته بالمال فتسليمه اليهم بمنزلة تسليمه الى الطالب فى حياته ولو وافى به أحدهم برئ من الكفالة لهذا الواحد ولم يبرأ من غيره لما بينا أن حق المطالبة والاستيفاء اليه فى نصيبه دون نصيب سائر الورثة فقد برئ بالتسليم اليه فى نصيبه دون نصيب غيره ولو كفل بنفس رجل لرجلين فان وافاهما به فكذا والا فعليه مالهما عليه فلو وافى به أحدهما والآخر غائب برئ من كفالة الشاهد لوجود شرط البراءة فى حقه وهو الموافاة بالنفس ولزمه نصيب الغائب من المال لانعدام شرط البراءة فى حقه فان شريكه لم يكن نائبا عنه فى المطالبة بحقه ثم ما أخذه الغائب من الكفيل يكون بينه وبين شريكه لان أصل المال كان مشتركا بينهما فاستيفاء أحدهما نصيبه من الكفيل بمنزلة استيفائه من الاصيل فكان له أن يشاركه فى المقبوض ولو ماتا جميعا كان ورثتهما على ما كانا عليه حتى اذا سلمه الى ورثة أحدهما برئ فى نصيبه دون نصيب الآخر اقامة لكل وارث مقام مورثه ولو كان الطالب واحدا فتغيب عند حل الاجل فطلبه الكفيل وأشهد على طلبه ولم يدفع اليه الرجل فالمال لازم للكفيل لان شرط البراءة عن المال تسليم النفس الى الطالب ولم يوجد ذلك وان طلبه ليسلمه فيبقى المال عليه فان قيل انما تغيب قصدا منه الى الاضرار بالكفيل فيبقى الى ان يرد عليه قصده ويقام هذا مقام تسليمه لان الكفيل أتى بما فى وسعه قلنا الكفيل هو الذى أضر بنفسه بكفالته بالمال وقد بينا أن وجوب المال عليه بالكفالة لانعدام الموافاة ولكن الموافاة بنفسه مبرئة له عن المال فاذا انعدم ذلك بقى المال عليه بكفالته لا بتغيب الطالب وكذلك لو كان اشترط عليه مكانا فوافى به ذلك المكان وتغيب الطالب لان المبرئ له تسليم نفسه الى الطالب دون احضاره ذلك ولا يتصور تسليمه الى الطالب وهو غائب فوجود احضاره ذلك المكان كعدمه وان كان الكفيل اشترط فى الكفالة انه برئ منه ان وافى به المسجد الاعظم وأشهد عليه يوم كذا فوافى به المسجد يومئذ وأشهد وغاب الطالب فقد برئ الكفيل من الكفالة بالنفس والمال لانه جعل شرط براءته احضاره للمسجد فى ذلك الوقت وقد وجد ذلك فيبرأ من الكفالة بالنفس والمال جميعا وكذا فى الكفالة بالنفس وحدها وهذا لان ابراء الكفيل اسقاط محض ولهذا لا يرتد برده فيصح تعليقه بحضور المكان فى وقت معلوم كالطلاق والعتاق واذا صح التعليق فالمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ولو كفل بنفسه الى غد فى المسجد فعليه المائة الدرهم التى

له عليه ولو اشترط الكفيل على الطالب ان لم يوافني غدا عند المسجد ليقبضه مني فانا برىء منه فالتقيا
بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت به وقال الطالب قد وافيت ولم تواف لم يصدق كل واحد
منهما على الموافاة لان كل واحد منهما يدع موافاته وخصمه يكذبه في ذلك فلا تثبت موافاة
بدعوى كل في حق صاحبه وكان الكفيل على كفالته والمال لازم لما بينا انه ملتزم للمال بنفس
الكفالة وجعل شرط براءته موافاته ولم يثبت ذلك بقوله فلا يبرأ منه ولو جعل شرط البراءة
عدم موافاة الطالب ليقبضه منه ولم يثبت هذا الشرط بقوله لم تواف أنت بل يجعل القول
قول الطالب مع يمينه على ما عرف أن الشرط سواء كان نفيا أو اثباتا لا يثبت الا بحجة والقول
قول من ينكر وجود الشرط فان أقام كل واحد منهما البينة على الموافاة الى المسجد ولم تشهد
على دفع الكفيل اليه فان المال لا يلزم الكفيل لانه قد أثبت بالبينة شرط براءته عن المال وهو
عدم موافاة الطالب ليقبضه منه فيبرأ من المال ولكن الكفالة بالنفس على حالها لان براءته
عن الكفالة بالنفس بتسليمه الي الطالب ولم يوجد ولان البينتين قد تحققت المعارضة بينهما
فامتنع القضاء بما كان متقررا وهو وجوب تسليم النفس بحكم الكفالة والعمل بهما ممكن في
البراءة على المال لان الكفيل يثبت شرط البراءة ببينة والآخر ينفي فيترجح الاثبات وان
أقام المطلوب البينة على موافاة المسجد ولم يقم الطالب البينة برئ الكفيل من كفالة النفس
والمال جميعا لان الطالب غير مصدق على الموافاة والكفيل أثبت ببينته موافاته المسجد
فوجب قبول بينته على ذلك واذا قبلنا بينته صار الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فيثبت
شرط البراءة عن المال والنفس جميعا ولو كفل بنفسه على ان يدفعه اليه غدا فان لم يفعل فالمال
عليه ولو اشترط الكفيل عليه ان لم توافني فتقبضه مني فانا برىء من الكفالة والمال فلم يلتقيا
من الغد فالكفيل برىء والقول قول الكفيل ان الطالب لم يواف مع يمينه وعلى الطالب
البينة بخلاف ما تقدم لان هناك موافاة المكان مشروطة على الطالب والكفيل جميعا وموافاة
الكفيل لا تثبت بقوله لانه يدعي وجود فعل كان مشروطا فلا يصدق عليه الا بحجة ولهذا
لو أقام البينة على الموافاة بنفسه برئ لان موافاته المكان مشروطة عليه فتثبت ببينته فاما في
الفصل الاول فالموافاة غير مشروطة على الكفيل وانما هي مشروطة على الطالب وان يأتي
ليقبضه منه ولم يأت فقد وجد شرط براءة الكفيل عن المال فلهذا كان بريئا وحاصل الفرق
بين هذه الفصول بحرف وهو ان من ينكر فعل غيره فالقول قوله في ذلك لانه متمسك

بالاصل ومن يدعي فعل نفسه لا يقبل قوله الا بحجة لانه يدعى أمرا عارضا ولو كفل بنفس رجل على أنه ان لم يواف به غدا فعليه ماللطالب عليه من شئ فلم يواف به الغد وقال الكفيل لاشئ لك عليه فالقول قوله مع يمينه على علمه لانه التزم مالا موصوفا وهو ان يكون واجبا على الاصيل فلما لم يثبت الوجوب على الاصيل لا يصير هو ملتزما كما لو قال ما قضى به لك عليه فهو على فالم يصر المال مقضيا به على الاصيل لايجب على الكفيل وبقول الطالب لم يصر المال واجبا على الاصيل والكفيل فى انكاره تمسك بالاصل وهو عدم الطالب فالقول قوله مع يمينه على علمه لانه استحلاف على ماهو فعل غيره وهذا بخلاف ماتقدم وهو ما اذا قال ان لم أوافك به غدا فالمال الذى تدعى عليه على لانه كفل هناك بما يدعيه الطالب والدعوى متحققة منه فلما وجدت الصفة التى قيدت الكفالة بما يصحح التزامه للمال كان مؤاخذا به وكذلك ان قر الكفيل بمائة درهم واقر المكفول عنه بمائة درهم صدق المكفول عنه ولم يصدق الكفيل لما بينا أنه التزم بالكفالة ما كان واجبا على الاصيل وقت كفالته واقرار الاصيل ليس بحجة على الكفيل فانما يثبت الوجوب وقت الكفالة فما أقر به الكفيل وهو المائة فلا يلزمه أكثر من ذلك ولو كفل بنفسه على انه ان لم يواف به غدا فعليه من المال قدر ما أقر به المطلوب فلم يواف به الغد واقر المطلوب أن عليه ألف درهم فالكفيل ضامن لها لانه قيد الكفالة هنا بصفة ثبتت تلك الصفة باقرار المطلوب فيتم به شرط الالتزام بالكفالة بخلاف الاول فان باقراره هناك ثبت الوجوب عليه وقت الاقرار وانما التزم هو بالكفالة ما كان واجبا عليه وقت الكفالة ولا يثبت ذلك الا فيما أقر به الكفيل لو نكل عن اليمين فيه بعد الاستحلاف ولو كفل بنفسه على أنه ان لم يواف به غدا فعليه ما ادعى الطالب فلم يواف به الغد وادعى الطالب ألف درهم وأقر بها المطلوب وجحدها الكفيل فالقول قول الكفيل مع يمينه على علمه وهو مشكل لانه انما كفل هنا بما ادعاه الطالب وقد تحققت الدعوى منه والاقرار من المطلوب ولكن مراده من هذه المسئلة انه كفل بما ادعاه الطالب قبل الكفالة ولم تظهر تلك الدعوى منه ولكنه لما لم يواف به غدا ادعى الآن أنه كان ادعى عليه ألف درهم قبل الكفالة وهو غير مصدق فى هذا فالقول للكفيل فى انكاره انك لم تدع مع يمينه على علمه بخلاف ماتقدم فان هناك انما كفل بما يدعى الطالب عليه وقد وجد ذلك منه بالمعاينة بعد الكفالة ولو كفل بنفسه على أن يوافى به اذا جلس القاضي فان لم يواف به فعليه الألف التى للطالب

عليه فلم يقعد القاضي أياما ولم يواف به وطلبه صاحبه فلم يأت به فلا شيء عليه أي على الكفيل من المال لانه جعل شرط وجوب المال عدم الموافاة اذا جلس القاضي وان لم يجلس القاضي لم يوجد ذلك ولانه أجل في الموافاة الى جلوس القاضي وما لم يمض الأجل لا تتوجه عليه المطالبة بالموافاة ووجوب المال عليه عند عدم موافاة مستحقة فاذا لم يوجد ذلك قبل جلوس القاضي لا يلزمه المال ولو كفل بنفسه على أنه ان لم يواف به غدا فقد احتال الطالب عليه بالألف درهم التي له على المطلوب ولم يواف به الغد فالمال عليه والحوالة في هذا والكفالة سواء على ما بينا من طريق الاستحسان انه يلزم المال وتتعلق براءته عنه بشرط الموافاة بالنفس وذلك صحيح في الكفالة والحوالة جميعا وكذلك لو قال فالي المال أو فعلي المال لان هذا من ألفاظ الكفالة وكذلك لو قال فعندي له هذا المال لان كلمة عند عبارة عن القرب وقرب الدين منه اما بالتزام أصله في ذمته أو بالتزام المطالبة به فكان هذا والكفالة سواء ولو كفل بنفسه على ان يوافي به غدا فان لم يواف به غدا فعليه المال الذي عليه وهو ألف درهم فلم يواف به الغد ولزمه المال ثم أخذه الطالب بكفالة النفس وقال لي عليه مال آخر أولي معه خصومة فان الكفيل يؤخذ بنفسه ولا يبرأ منه حتى يدفعه اليه لانه باصل الكفالة التزم تسليم نفسه وبأداء المال لم يصر مسلما نفسه واداؤه ذلك المال لا يمنع ابتداء الكفالة بنفسه فلأن لا يمنع بقاءها كان أولى وان كفل بنفسه على انه متى ما طالبه الطالب فلم يواف به فعليه المال الذي عليه وهو ألف درهم فطلبه منه فلم يدفعه اليه فعليه المال لوجود شرطه وهو عدم الموافاة في الوقت الذي طلبه الطالب منه وكذلك لو طلبه غدوة فلم يدفعه اليه حتى العشي قال ولا يبرئه من المال إلا ان يدفعه اليه ساعة طلبه منه وهذا اللفظ اشارة الى ما بينا أن المال واجب عليه بالكفالة وشرط براءته ان يوافيه به حين يطلبه الطالب فاذا لم يفعل انعدم شرط البراءة فبقي المال عليه كما التزمه باصل الكفالة ولا ينفعه دفع النفس اليه بعد ذلك لان ذلك لم يكن شرطا عن المال والله أعلم بالصواب

﴿ تم الجزء التاسع عشر * ويليه الجزء العشرون وأوله ﴾

﴿ باب الكفالة والوكالة بالخصومة ﴾

﴿ فهرست الجزء التاسع عشر من كتاب المبسوط للامام السرخسي رحمه الله تعالى ﴾

صحيفة

﴿ تمت ﴾

كتاب المبسوط

لشمس الدين السرخسي

المتوفى سنة ٤٩٠ هجرية

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

(تنبيه) قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوى الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

الجزء العشرون

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الكفالة بالنفس والوكالة بالخصومة

قال رحمه الله وان ادعى رجل قبل رجل دعوى وأخذ منه كفيلا بنفسه ووكيلا بالخصومة ضامنا لما ثبت عليه فهو جائز لان مقصود صاحب الحق التوثق بحقه وتمام التوثق يكون بهذا فان المكفول بنفسه ربما لا يأتى بالكفيل ويخفى شخصه فيتعذر على الطالب اثبات حقه ولا يتوصل الى حبس الكفيل وان كان وكيلا فى خصومته يمكن من اثبات حقه بالبينة وبعد الاثبات ليس له أن يطالب الوكيل باداء المال وربما لا يظفر الوكيل بالاصيل فاذا كان ضامنا لما ذاب عليه توصل الى استيفاء حقه منه فعرفنا ان تمام التوثق بها يحصل فلهذا جوزناه وعلى قول الشافعى رحمه الله هذا الضمان لا يجوز (وأصل المسئلة) ان الكفالة بالمال مضافا الى سبب وجوبه يجوز عندنا نحو ان يقول ماذاب لك على فلان فهو على أو مابعت به فلانا فهو على وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز لانه التزم المال بالعقد فلا يحتمل الاضافة كالالتزام بالشراء ولان الاضافة الى وقت فى معنى التعليق بالشرط والتزام المال بالكفالة لا يحتمل التعليق بالشرط حتى لو علق بدخول الدار وكلام زيد لم يصح فكذلك اذا اضافه الى وقت * توضيحه ان عندكم لو أضاف الكفالة الى موت المطلوب كان صحيحا ولو أضافها الى موت غيره لم يصح ولا فرق بين الموتين فان كل واحد منهما كائن غير موجود وفى الحال ثم جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة بهذه الصفة بأن يقول مابايعت به أحدا من الناس فكذلك جهالة المكفول به تمنع صحته بالاولى لان الملتزم بالعقد هو المكفول به * وحجتنا قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم فهذا المنادى أضاف الالتزام بالكفالة الى سبب وجوب المال وهو المجئ بصواع الملك وانما نادى بأمر يوسف عليه السلام وما أخبر به الله تعالى عن شريعة من قبلنا فهو ثابت فى شريعتنا حتى يقوم دليل النسخ غير أن الشافعى رحمه الله يقول هنا بيان الجعالة لمن يأتى به وعندى من أبق عبده فخاطب جماعة وقال من جاء به منكم فله عشرة كان هذا صحيحا ولكنا

تقول استدلالنا بزعامة المنادى بقوله وانا به زعيم ولا حاجة هنا الي معرفة طريق وجوب ذلك المال فان العمالة تجب علي من وقع له العمل فأما الوجوب علي الكفيل فبسبب الكفالة الا إنه يقول لم يكن هذا كفالة علي الحقيقة فان المكفول له مجهول وجهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة والكلام فيه من حيث المعنى اذ التزام المال بالكفالة نظير التزام المال بالاقرار من حيث انه التزام لا يقابله الزام على من يلتزم له وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار فكذلك فيما التزمه بالكفالة وجواز الكفالة فى الاصل لحاجة الناس والحاجة ماسة الى اضافة الكفالة الى سبب وجوب المال ولهذا جوز العلماء رحمهم الله الكفالة بالدرك وهو مضاف الى سبب الوجوب بالاستحقاق فبه يتبين ان مثل هذه الجهالة لكونها لا تفضي الى المنازعة لا تمنع صحة الكفالة ولا يجوز أن تمنع صحتها لمعنى الخطر فانه موجود فى كل كفالة اذ لا يدرى أن الطالب يطالب الكفيل أو الاصيل فاما الفرق بين الموتين فهو أن موت المطلوب يجوز أن يكون سببا لتوجه المطالبة بالمال عليه بان يكون وارثه فلهذا تصح اضافة الكفالة اليه وكذلك التعليق بكلام زيد ودخول الدار فانه ليس بسبب لوجوب المال بحال فتمحض ذلك تعليقا بالشرط ولا يكون التزاما فاما هاهنا فانه أضاف الالتزام الى ما هو سبب لوجوب المال وهو المبايعة والذوب فيكون التزاما صحيحا فان وافى به ودفعه اليه فهو برىء من ذلك لوجود الموافاة به كما التزمه وان لم يفعل فللطالب أن يأخذه بالكفالة ويخاصمه فى دعواه قبل المكفول به والكفيل ضامن له لتحقق الذوب بقضاء القاضى وقد كان ملتزما لما يذوب له عليه والذوب عبارة عن تحقق الوجوب وان قال ان لم أوافك به غدا فانا وكيل فى خصومته ضامن لما ذاب عليه فرضى بذلك المطلوب فهو جائز وانما شرط رضاه فى الوكالة بالخصومة دون الكفالة بالنفس والمال لان الوكيل بالخصومة نائب عنه وربما يتضرر هو به فلا ينفرد به الوكيل بدون رضا الموكل فأما الكفالة فالتزام للطالب ولا يتضرر به المكفول عنه فلا يعتبر رضاه بذلك وكذلك لو قال متى دعوتنى به فلم أوافك به فأنا وكيل فى خصومته ضامن ما ذاب لك عليه لان كلمة متي للوقت فمعناه ان لم أوافك به فى الوقت الذى تطلب منى وهذا الوقت وان كان مجهولا ولكن لا تمكن بسبب جهالته منازعة ولو كفل به علي انه ان لم يواف به غدا ففلان يعنى رجلا آخر وكيل فى خصومته فما قضى به عليه فأنا ضامن له فرضي بذلك المطلوب فهو جائز اذ لا فرق أن يكون الوكيل والضامن للمال هو الكفيل بالنفس وبين أن يكون غيره اذا وجد

منه القبول لذلك وقد بينا انه لو كانت اضافته لذلك كله الى نفسه كان صحيحا فكذلك اذا أضاف كل عقد من هذا الى شخص معلوم وقبلوا ذلك ورضى به المطلوب كان صحيحا ولو قدم الوكالة فقال هو وكيلي فى خصومة ما بيني وبينك ضامن لما ذاب لك علي أو لما قضى لك به علي أو لما لزمني لك أو بما لحقني فان وافاني به غدا حتى أدفعه اليك فهو برىء من ذلك فهذا جائز لانه وان أخر التزام المال بالكفالة كان محمولا على معنى التقديم فاذاقدمه فأولى أن يصح وهذه كلها وثائق لحق واحد فلافرق فى صحتها بين تقديم التعيين وتأخير التعيين لان المقصود لايختلف بذلك ولو كفل بنفسه الى أجل فان لم يواف به فيه فهو وكيل فى الخصومة التي بينهما ضامن لما ذاب عليه ولم يشهد المطلوب على ذلك فالكفالة بالنفس والمال جائزة والوكالة والكفالة باطلة لانه أنابه ولا يقدر الانسان على ان يجعل نفسه نائبا عن غيره فى خصومته من غير رضاه فاذا لم يرض المطلوب بوكالته بطلت الوكالة ولا تبطل ببطلانها الكفالة بالمال والنفس لان جوازهما لا يتعلق بصحة الوكالة فانهما صحيحان وان لم يذكر الوكالة أصلا ولو كفل بنفسه على أنه ان لم يواف به غدا فهو وكيل فى خصومته فرضي به المطلوب فلم يواف به الغد فهو وكيل بالخصومة لان الوكالة اطلاق تحتمل التعليق بخطر عدم الموافاة فان قضى عليه بشيء لم يلزم الكفيل منه شيء لانه ماالتزم شيئا من المال وبالكفالة بالنفس لا يصير ملتزما للمال ولكن الطالب يأخذ الكفيل بالكفالة بالنفس حتى يدفعه اليه لانه التزم تسليم النفس اليه فلايبرأ بثبوت المال عليه مالم يسلمه فان ثبوت المال عليه لايغنيه عن نفسه بل يحوجه الى ذلك ليستوفي حقه منه فكان الكفيل مطالبا به فان قضى الكفيل الطالب حقه كان متبرعا بذلك كسائر الاجانب لانه غير ملتزم للمال وبأدائه لا يستفيد البراءة من الكفالة بالنفس لجواز ان يكون بين الطالب والمطلوب خصومة أخرى فلهذا كان متبرعا فى اداء المال ان شاء الطالب قبل ذلك منه وان شاء أبى وطالبه بتسليم النفس اليه كما التزمه وان كان كفيلا بالمال أجبرت الطالب على قبضه منه على معنى انه اذا وضع المال بين يديه يصير الطالب قابضا له لانه يبرىء ذمته بالاداء ولمن عليه الحق ذلك والاول متبرع لا تبرأ ذمته عن شيء بما يؤديه ولو قضاه الكفيل المال على أن يبرئه من الكفالة بالنفس كان جائزا لانه متبرع فى قضاء المال وقد قبله الطالب ثم ابرأه الطالب عن الكفالة بالنفس وذلك حقه وكذلك لو قضاه بعضه على ان يبرئه عن الكفالة بالنفس وهذا لان الطالب ليس يملك مايقبضه منه

بازاء الابراء عن الكفالة بالنفس انما يملك ذلك بدلا عن أصل حقه على المطلوب كما يملكه من جهة متبرع آخر ثم هو مسقط لحقه فى الكفالة بالنفس من غير عوض فيكون صحيحا فاما اذا أبراه عن الكفالة بالنفس بمال يشترطه عليه بمقابلة البراءة فلا يجب ذلك المال ولو أداه كان له أن يرجع فيه لان الكفالة بالنفس ليست بمال ولا تؤول الي المال بحال وهو مجرد حتي لا يوصف بأنه مالكه والاعتياض عن مثله بالمال لا يصح بخلاف العتاق بجعل والطلاق بجعل فانه اعتياض عن ملك (ألا ترى) أن ملك النكاح لا يثبت الا بالمال فيجوز الاعتياض عن ازالته بالمال أيضا بخلاف حق الكفالة بالنفس فانه لا يثبت ابتداء بمال قط حتي لو أخذ منه مالا ليكفل به بنفس فلان لا يصح فكذلك لا يصح التزام المال عوضا عن الابراء بالكفالة بالنفس وفى حصول البراءة روايتان في كتاب الشفعة يشير الى انه يبرأ وجعل هذا كحق الشفعة اذا سلمه بمال يصح التسليم ولا يجب المال والمعنى أنه اسقاط محض واشتراط العوض بمقابلته فاسد ولكن الاسقاط لا يبطل بالشرط الفاسد لانه لا يتعلق بالجائز من الشروط فلا يكون الشرط الفاسد مبطلا له وفى موضع آخر يقول لا يبرأ عن الكفالة بالنفس بخلاف الشفعة لان الكفالة بالنفس حق قوى لا يسقط بعد ثبوته إلا باسقاط تام ولا يسقط إلا بعد تمام الرضا به ولهذا لا يسقط بالسكوت وانما يتم رضاه بسقوطه اذا وجب له المال فاذا لم يجب لا يكون راضيا به فأما سقوط الشفعة فليس يعتمد الاسقاط وتمام الرضا به (ألا ترى) أن بالسكوت عن الطلب بعد العلم به يسقط وحجته ان الوجوب لم يكن لعقده وانما كان شرعا لدفع ضرر مخصوص عنه وهو ضرر سوء المجاورة وقد صار راضيا بهذا الضرر وان سلمه بمال فاما وجوب تسليم النفس بالكفالة فكان بقبوله العقد فلا بد من اسقاط يكون منه وهو اذا أسقطه بمال فانما يحول حقه الى المال فلا يسقط أصلا وهذا التحويل لم يصح فبقيت الكفالة بالنفس على حالها ولو قضاه المال على أن يرجع به على المطلوب وقبضه منه على ذلك فهذا لا يجوز لان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض والمبادلة بالدين من غير من عليه الدين لا تصح بخلاف الاول لانه اسقاط المال عن المطلوب وليس بتمليك من المتبرع لقضائه بعوض وهنا نص على التمليك منه حتى شرط له الرجوع على المطلوب وهذا بخلاف الكفيل بالمال أيضا فانه متبرع ملتزم للمال لان بعقد الكفالة يجب المال في ذمته على أحد الطريقين وعلى الطريق الآخر عند قضاء الدين ليرجع به ولهذا لو وهب هناك المال من الكفيل لرجع

به على الاصيل ولو وهب المال هنا من الكفيل بالنفس لا يصح إلا أن يسلطه على قبضه فحينئذ يكون نائبا عنه فى قبضه استحسانا قال فان أبرأه عن الكفالة على هذا كان للكفيل أن يرجع بما قضاه عليه لانه قبضه منه بحكم تمليك فاسد ويرجع الطالب عليه بالكفالة بالنفس فى أصح الروايتين ولو كفل نفسه الى أجل مسمي فان لم يواف به فهو ضامن لماذاب عليه وكيل فى خصومته فليس للطالب ان يأخذه بالكفالة بالنفس قبل الأجل ولا أن يخاصمه قبل الأجل لان اشتراط المدة لتوسعة الامر على نفسه فلا يتضيق الامر عليه الا بمضى المدة كاشتراط المطلوب الاجل لنفسه فى الدين والوكالة فى الخصومة وضمان المال عليه بناء على عدم موافاة مستحقة وذلك لا يكون الا بعد الاجل فلهذا لا يطالبه بشئ من ذلك قبل مضى الاجل وعلى هذا الكفالة بالنفس بغير وكالة فان المعنى يجمع الكل ولو كفل بنفس رجل وجعل المكفول به وكيلا فى خصومته ضامنا لما ذاب عليه ثم مات الكفيل وله مال فلا خصومة بين الطالب وورثته ولكنه يخاصم المكفول به لان الوكالة تبطل بالموت فان الموكل انما رضى برأيه فى الخصومة فلا يقوم رأى وارثه فى ذلك مقام رأيه والكفالة بالمال باقية بعد موته ولكن مالم يتحقق الذوب على المطلوب لا يكون هو ضامنا للمال والذوب انما يتحقق عند خصومة الطالب واثبات حقه عليه بالحجة فلهذا خاصم المكفول به وما قضى له به عليه ضرب به مع غرماء الكفيل فى ماله لان الذوب قد تحقق فالوجوب بالكفالة يستند الى أصل السبب لان اللزوم تعلق به نفسه وقد كان أصل السبب فى صحته فلهذا المعنى الواجب من جملة دين الصحة يضرب به مع غرماء الصحة وكذلك لو مات المكفول به أيضا نخاصم الطالب ورثته أو وصيه فقضى له بالمال كان له أن يتبع ميراث أيهما شاء لان الذوب قد تحقق فيضرب فى ميراثه بجميع ماله وفى ميراث الآخر بما بقى له لانه وصل اليه بعض حقه حين ضرب مع غرماء الاول فلا يضرب مع غرماء الآخر الا بما بقى له والله أعلم فان لم يكن على واحد منهما سوى هذا الدين فالجواب واضح وان كان على كل واحد منهما دين آخر يضرب مع غرماء أيهما شاء أولا بجميع دينه وفى الكتاب أبهم فقال ان بدأ فضرب مع غرماء الكفيل رجع على ورثة الكفيل بما أدوا فى مال المكفول عنه فضربوا به مع غرمائه لان كفالته عنه كانت بامره وما يستوفى من تركته بعد وفاته بمنزلة ما يؤديه فى حياته ويرجع به ورثته فى تركة المكفول عنه وان بدا فضرب مع غرماء المكفول عنه لم يرجع ورثة المكفول عنه فى تركة الكفيل بشئ لان أصل الحق كان على مورثهم وكان

الطالب يرجع بما بقى من حقه فيضرب به مع غرماء الكفيل فى تركة الكفيل لانه لا يبرأ الكفيل الا من القدر الذي وصل الى الطالب من تركة المكفول عنه فقطع الجواب فى الكتاب على هذا وهو مبهم فى أصل الوضع قاصر فى البيان فحينئذ لا يتم بيان المسئلة بما ذكر وليس فى الكتاب مسئلة اشكل من هذه المسئلة من الحسابيات وغيرها فالوجه أن نصور المسئلة ليتبين موضع الاشكال فنقول دين الطالب عشرة دراهم وقد ترك الكفيل عشرة وعليه دين لرجل آخر عشرة وترك المكفول منه أيضا عشرة وعليه لرجل آخر دين عشرة فالطالب بالخيار كما بينا فان بدأ بتركة الكفيل ضرب بالعشرة فى تركته وغريم الكفيل بالعشرة فكانت تركته بينهما نصفين فوصل الى الطالب خمسة يأتي في تركة المكفول عنه فيضرب مع غريمه بما بقى من دينه وذلك خمسة ويضرب ورثة الكفيل أيضا بما أدوا الى الطالب وذلك خمسة فيسلم الغريم المطلوب خمسة وللطالب درهمان ونصف ولورثة الكفيل درهمان ونصف لا يسلم هذا لورثة الكفيل لانه تركة الكفيل وقد بقى من دين غريمه خمسة ومن دين الطالب درهمان ونصف فيقسمان هذا الذى ظهر من تركته على مقدار حقهما أثلاثا فالثلث الذى يستوفيه الطالب رجع به ورثة الكفيل فى تركة المكفول عنه فيتبين به بطلان القسمة الاولى وان استأنفوا القسمة على هذا الذى ظهر أيضا يرجع به الطالب فيما يستوفون ويرجعون بما يعطون اليه فى تركة المكفول عنه فتنتقض القسمة أيضا ولا يزال يدور هكذا الى ما لا يتناهى واذا بدأ بالرجوع فى تركة المكفول عنه فضرب مع غريمه بالعشرة واقتسما تركته نصفين فانه يضرب بما بقى من دينه وذلك خمسة فى تركة الكفيل مع غريم الكفيل فيقتسمان العشرة أثلاثا فيتبين ان ورثة الكفيل أدوا الى الطالب ثلاثة وثلثا ويرجعون به فى تركة المكفول عنه وتبين بطلان القسمة الاولى وكذلك ان استأنفوا القسمة ثانيا وثالثا فكلما وصل اليهم شئ يأخذ الطالب من ذلك قدر حصته ويرجع به ورثة الكفيل فى تركة المكفول عنه الى ما لا يتناهى فهذا بيان مواضع اشكال المسئلة وكان أبو بكر القمى رحمه الله من متقدمى علمائنا رحمهم الله من الحساب يقول هذه المسئلة من باب مفتريات الجبر ومحمد بن الحسن رحمه الله كان يعرف مفردات الجبر وما كان يعرف مفتريات الجبر أصلا فلهذا ترك بيان هذه المسئلة ومعنى كلامه أن هذه الحاجة تقع الى معرفة القدر الذى يرجع به ورثة الكفيل فى تركة المكفول عنه ليضم ذلك الى ما يضرب به الطالب فى تركة المكفول عنه غريمه والعلم بمفردات

الجبر لايهدى الى ذلك فاما أبو الحسن الاهوازى من حساب أصحابنا رحمهم الله فكان يقول انما تعذر تخريج هذه المسئلة لما وقع فيها من جذر الاصم وكانت عائشة رضى الله عنها تقول سبحان من لا يعلم الجذر الاصم الا هو وقيل الجذر الاصم مغلق ضل مفتاحه فلا يعرفه أحد من العباد بطريق التحقيق وبرهن عقالته بمسئلة مجتذرة من هذا الجنس وحققها وخرجها وسئل القاضى أبو عاصم الجنوبى فى زمانه وكان مقدما فى الحساب ان يخرج هذه المسئلة فتكلف لذلك مدة وخرجها بالتقريب دون التحقيق (والحاصل) ان من تكلف لذلك من أصحابنا رحمهم الله تعذر عليه تخريج المسئلة بالتحقيق أصلا وكل ماذكروه عندى فى تصنيف ولكن لم يكن معى شئ من كتبى ولم يجد به خاطرى الآن فان تيسر وصولى الى كتبي أو جاد به خاطرى أى وقت أتيت منه بقدر الممكن ان شاء الله تعالى ثم نعيد المسئلة فى آخر الكتاب بعينها ومن أراد من أصحابنا رحمهم الله التخلص من هذه الخصومة يقول الطالب اذا اختار الرجوع على أحدهما ثم ضرب بقية دينه في تركة الآخر فما سلم لورثة الكفيل لا يرجع فيه الطالب بشئ لانه بدل ما وصل الى الطالب ولا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد ولكن يكون ذلك سالما لغريم الكفيل غير ان هذا من حيث المعنى بعيد فان ما يأخذون مال الكفيل فكيف يسلم ذلك لاحد غريميه دون الآخر ولو كفل بنفس رجل الى آخر الشهر فان لم يواف به فهو وكيل فى خصومة ما بينهما ولم يبين أى خصومة هى والكفالة بالنفس جائزة ولا يكون وكيلا فى الخصومة لانه اذا لم يبين انه فى أى خصومة وكيله فالوكيل عاجز عن تحصيل مقصود الموكل لان ما وكله به مجهول جهالة متفاحشة ولم يفوض الأمر الى رأيه على العموم ولكن فساد الوكالة بالخصومة لا يوجب فساد الكفالة بالنفس لان أحد الحكمين منفصل عن الآخر فالمفسد فى أحدهما لا يتعدى الى الآخر وكفالة الصبي التاجر باذن أبيه أو بغير اذنه بنفس أو مال باطلة لانه تبرع ولا يملكه الصبي بغير اذن أبيه ولا باذنه كالهبة وهذا لان عقل الصبي انما يعتبر شرعا فيما ينفعه والتبرع ليس من جنس ما ينفعه عاجلا واذن الاب له لا يصح فيما لا يملك الاب مباشرته كالطلاق ونحوه ولان الكفالة اقراض للذمة بالتزام الحق فيها فكان كاقراض المال فلا يملكه الصغير باذن أبيه ولا بغير اذنه والمعتوه والمبرسم الذى يهذى فى ذلك كالصبي وكذلك رجل عليه مال ادخل ابنا له غير بالغ معه فى الكفالة أو بنفسه فهو باطل لانه لما كان لا يملك الكفالة عن الغير باذن الاب فلان لا يملك عن الاب

كان ذلك بطريق الاولى لانه في حق نفسه متهم بمالا يتهم به فى حق غيره ولو أقر بعد بلوغه انه كفل بنفس أو مال وهو صبي كان باطلا لان الثابت بالاقرار بعد البلوغ كالثابت معاينة ولو عايناه كفل فى صباه لم ينفذ ذلك بعد بلوغه ولانه أضاف الاقرار الى حال معهودة تنافى تلك الحال الكفالة فكان منكرا للكفالة في الحقيقة لا مقرا بها ولهذا لو ادعى الطالب انه كفل به بعد بلوغه فالقول قول الصبي مع يمينه ولو أقر أنه كفل به وهو مغمى عليه فان عرف ذلك منه فالقول قوله فى ذلك لاضافته الكفالة الى معهود ينافى كفالته وان لم يعرف ذلك منه فهو مأخوذ به لاقراره بالالتزام ولو استدان وصي اليتيم دينا فى نفقة اليتيم وأمر اليتيم فضمنه أو ضمنه بنفسه فضمان الدين جائز وضمان النفس باطل لان حاصل الدين على الصبي (ألا ترى) أن الوصى يؤديه من ماله ولو أداه من مال نفسه رجع به عليه فهو بهذا الضمان يلتزم ماعليه بخلاف الكفالة بالنفس فانه يلتزم بها ماليس عليه *توضيحه انه لو أمر الصبي بأن يستدين ففعله جاز وكان مطالبا بالمال فكذلك اذا استدان بنفسه وأمره حتى ضمن المال ولا يملك مثله فى الكفالة بالنفس بأمره وكذلك الاب اذا استدان على الابن دينا فى بعض مالا بد منه وأمره بالكفالة جاز لان تصرف الاب عليه انفذ من تصرف الوصى وان أمره أن يكفل بنفسه لم يجز والتاجر وغير التاجر فى ذلك سواء لان الكفالة ليست من عقود التجارة ولا تجوز الكفالة لصبي لا يعقل ولا لمجنون ولا لمغمى عليه وفى رواية حماد رحمه الله ان الكفالة لهؤلاء جائزة في قول أبي يوسف رحمه الله واصل هذا فى الكفالة للغائب وقد بينا أن عند أبي يوسف رحمه الله الكفيل ينفرد بالكفالة فيجوز العقد وان لم يقبله أحد ولا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله ما لم يقبل قابل وقبول الصبي الذي لا يعقل والمجنون باطل وتجوز الكفالة للصبي التاجر لانه من أهل القبول وهذا تبرع عليه لامنه أو بمنزلة الاقراض له وذلك صحيح اذا قبله ولو كفل رجل بنفس رجل على انه يوافي به الى أجل مسمى فان لم يواف به الى ذلك الأجل فهو ضامن لما ذاب عليه فلو مضى الاجل قبل ان يوافيه به فهو ضامن لما ذاب عليه لوجود شرطه ولكن الذوب انما يتحقق بقضاء القاضى فانما يلزم الكفيل المال اذا قضى به على المكفول عنه لانه ضمن مالا بصفة وليس الكفيل بخصم عنه فى اقامة البينة عليه بالمال لان المال ما لم يصر مقضيا به على الاصيل لا يلزم الكفيل منه شيء وما لم يصر كفيلا به لا يكون خصما فيه وان مات الطالب أو المطلوب قام وارثه أو وصيه فى ذلك مقامه وكذلك لو كفل بنفسه على انه

ضامن لما قضى عليه أو لما قضى عليه قاضي أهل الكوفة فقضى بذلك غير قاضي أهل الكوفة فهو لازم للكفيل لانه انما يراعى من الشروط مايكون مفيدا والتقييد بصفة أن يكون المال مقضيا به علي الاصيل مفيد فأما التقييد بكون القاضى به قاضي أهل الكوفة فغير مفيد لان المقصود القضاء لاعين القاضي وفى القضاء قاضى الكوفة وغير قاضي الكوفة سواء ولو كفل بنفس رجل على انه ضامن لما قضى به علي المكفول به وهو ميت والمكفول وارثه فهو جائز مستقيم لان المكفول به بعد موت أبيه مطالب بقضاء دينه من تركة أبيه فهو في الحكم كالذي عليه وكذلك وصى الميت يكفل نفس رجل على انه ضامن لما قضي به على الميت فهو جائز لانه مطلوب بذلك الدين يقضيه من تركة الميت وكذلك الوصى يأخذ من غريم الميت كفيلا بنفسه ضامنا لما قضى به عليه لانه فى ذلك قائم مقام الوصى وكذلك الاب يأخذ من غريم ولده الصغير لانه قائم فى ذلك مقام ولده ان لو كان بالغا ولو أن رجلا أخذ غريما بمال لأخيه أو لبعض أهله من غير وكالة من صاحب المال وأخذ كفيلا منه بنفسه ضامنا لما ذاب عليه فرضى بذلك مدعى المال كان جائزا لان قبول هذا كان موقوفا على اجازة الطالب فاذا أجازه جاز ولو فسخ الكفيل الكفالة قبل أن يرضى صاحب المال فهو منها برىء فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الكفالة عندهما لاتلزم الكفيل الا برضا الطالب وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله وقد بيناه ولو وكل رجلا بأن يأخذ له كفيلا عن غريمه بنفسه ضامنا لما قضى به عليه كان جائزا لان التوكيل صحيح بما يملك الموكل مباشرته بنفسه فان كفل الكفيل للوكيل فدفعه اليه برئ من الكفالة بنفسه وليس للموكل أن يطالبه بشئ لانه أتى بما التزمه وهو التسليم الى الوكيل لان الوكيل باضافة العقد الى نفسه جعل نفسه مباشرا العقد واليه الاستيفاء والمطالبة وان كفل به للموكل لم يبرأ بدفعه الى الوكيل لانه جعل نفسه رسولا ولان الكفيل التزم التسليم الى الموكل فلا يبرأ بالتسليم الى غيره وان دفعه الى الموكل برئ فى الوجهين لان في الفصل الاول الوكيل وان كان هو المباشر للعقد فانما يطالب بموجبها لمنفعة الموكل فاذا حصل المقصود بالتسليم الى الموكل برئ الكفيل ولو وكل رجل رجلا بان يعطى فلانا كفيلا بنفس الموكل ضامنا لما ذاب على الموكل فاعطى الوكيل كفيلا بذلك فقضى على الموكل بمال للطالب فانه يأخذ الكفيل بحكم ضمانه وليس للكفيل أن يأخذ الوكيل بذلك لانه كان رسولا من الموكل اليه فلا عهدة عليه الا أن يكون ضمن له شيأ فحينئذ يؤاخذ بضمانه

(ألا ترى) لو أن رجلا أمر رجلا أن يضمن رجلا بنفسه وان يضمن ماذاب عليه لم يكن على الآمر شيء ولا على المكفول به لان الآمر أشار عليه بالكفالة من غيره ولم يلتزم له شيأ ولا عهدة على المشير والمكفول عنه لانه لم يأمره بالكفالة عنه فلا يرجع عليه أيضا وفي الباب الاول يرجع على المكفول به بما أدى من المال لان أمره وكيله بالكفالة عنه ككفالته بنفسه والكفيل بالامر اذا طولب طالب ولو لوزم لازم واذا حبس حبس واذا أدى رجع ونعني بقولنا يطالبه أن يقول اقض حق المطلوب لا تخلص من هذه العهدة ولا يطالبه بأن يدفع اليه شيأ لانه ما لم يؤد عنه لا يثبت له حق الرجوع فانه بمنزلة المقرض وبالقرض لا يطالبه باداء المال وانما يطالبه باداء المال بعد اقراض المال منه وذلك انما يكون عند أدائه فلهذا لا يرجع عليه بالمال مالم يؤد عنه والله أعلم

باب الكفالة عن الصبيان والمماليك

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل قبل صبي دعوى وكفل به رجل بغير اذن أبيه فالكفالة لازمة للكفيل يؤاخذ بهذا لان تسليم النفس للجواب مستحق علي الصبي حتى يحضر ان كان مأذونا أو يحضر وليه ان لم يكن مأذونا ليقوم وليه في ذلك مقامه فلما التزم الكفيل تسليم ما هو مستحق للتسليم عليه وهو مما تجرى فيه النيابة صح التزامه فان طلب الكفيل أن يحضر معه الصبي ليسلمه الى خصمه لم يؤاخذ الصبي به وان كان الصبي طلب ذلك اليه لان قول الصبي ليس بملزم اياه شيأ الا أن يكون تاجرا مأذونا له فحينئذ قوله ملزم فيؤمر بالحضور معه لانه أدخله في هذه العهدة فعليه أن يخلصه بالحضور معه ليسلمه الى خصمه وكذلك ان كان غير تاجر فادعى عليه مالا فطلب أبوه الى رجل أن يضمنه فضمنه كان جائزا ويؤخذ به الكفيل وللكفيل أن يأخذ الغلام به لان الاب قوله ملزم علي ولده فيما ينفعه وهذا من جملة ماينفع الصبي فكان قول الاب فيه ملزما اياه فلهذا يؤمر بالحضور معه فان تغيب فله أن يأخذ الاب حتى يحضره فيدفعه اليه أو يخلصه من ذلك لان أمر الاب في هذا لما جاز على الولد صار الولد مطلوبا به وكل حق كان الولد مطلوبا به فأبوه مأمور بايفائه ذلك الحق من ملك الولد كما اذا ثبت عليه دين بالبينة فلهذا يؤمر الاب باحضار الصبي والوصي في هذا بمنزلة الاب لان فيه منفعة للصبي ولو أمره بأن يكفل بنفس غلام ليس هو

وصيه أخذ الكفيل بتسليمه لانه قد التزمه ولا يؤمر الصبي بالحضور معه لانه ليس للآمر عليه قول ملزم وليس للكفيل أن يأخذ الآمر بشيء لانه أشار عليه بالكفالة ولم يلتزم له بشيء والمعتوه في ذلك بمنزلة الصبي لان ولاية الوصي على المعتوه تثبت كما تثبت على الصبي ولو كفل بنفس صبي على أن يوافي به غدا فان لم يواف به غدا فعليه ما ذاب عليه فالكفالة بالنفس جائزة وكذلك بالمال ان لم يواف به غدا لوجود شرطه ثم الذوب على الصبي انما يتحقق بقضاء القاضي بالمال على أبيه أو وصيه أو قيم نصبه القاضي له فاذا وجد ذلك لزم الكفيل ولم يرجع به على الصبي الا أن يكون أمره بالضمان أو الوصي لانه بمنزلة الاقراض والاقراض من الصبي المحجور لا يلزمه به شيء الا أن يكون بأمر وليه فحينئذ يكون المال لازما عليه وأمر وليه بذلك كأمره بعد بلوغه وكفالة العبد التاجر أو غير التاجر عن سيده بمال أو بنفسه بغير اذنه باطلة لان الكفالة تبرع وهو منفك الحجر عنه في التجارات دون التبرعات فلا تصح منه الكفالة بالنفس والمال عن المولى بغير اذنه كما لا يصح عن سائر الاجانب وانما يعني بهذا انه لا يطلب به في حال رقه فأما بعد العتق فهو مأخوذ بذلك لانه مخاطب من أهل الالتزام في حق نفسه وان كفل بنفسه باذنه فهو جائز لان المانع من صحة التزامه في الحال حق مولاه دون حق غيره من غرمائه فان الكفالة بالنفس لا تلاقي حق محل الغرماء فلهذا نفذ منه باذن المولى سواء كفل عن المولى أو عن الاجنبي وهذا لان أكثر ما يجب بهذه الكفالة حبسه ان لم يحضر نفس المطلوب وذلك يوقع الحيلولة بين المولى وبين خدمته فلهذا جاز باذن المولى وان كفل عنه بالمال باذنه وليس عليه دين فهو جائز لان الحق في ماليته لمولاه وهو يملك أن يجعله مشغولا بالدين بأن يرهنه أو يقر بالدين وكذلك اذا أذن له حتى كفل عنه فان أداه بعد العتق لم يرجع على سيده وعن زفر رحمه الله انه يرجع عليه لانه قضى دينه من خالص ملكه بأمره فيرجع عليه كما لو أمره بالاداء بعد العتق ولكنا نقول ان الكفالة حين وقعت لم تكن موجبة له شيأ على المولى فان العبد لا يستوجب دينا على مولاه فلهذا لا يرجع عليه اذا أداه بعد العتق وهذا لما بينا أن الكفالة توجب للطالب على الكفيل حقا وللكفيل على الاصيل الا ان ما يجب للكفيل على الاصيل مؤجل الى وقت أدائه ولهذا لو أبرأ الكفيل الاصيل قبل أدائه عنه كان صحيحا ولا يرجع اذا أدى بعد ذلك فتبين بهذا ان المعتبر وقت الكفالة وعند ذلك لم يكن العبد ممن يستوجب شيأ على مولاه وان كان عليه دين يستغرق

قيمته لم يلزمه الكفالة فى حال رقه لان المولى فى ماليته كاجنبي آخر (ألا ترى) أنه لا يملك شغله بالدين بالاقرار عليه ولا بالرهن فكذلك باذنه بالكفالة عنه ولكن الالتزام منه صحيح فى حق نفسه حتى اذا عتق كان مطالبا به وان مات السيد وترك مالا وأعتق العبد عندموته فان غرماء العبد يستسعونه فى قيمته ولا شئ لغرماء السيد من هذه القيمة لان هذه القيمة بدل مالية العبد وغرماء العبد حقهم أسبق تعلقا بماليته من حق غرماء السيد (ألا ترى) انه لو لم يعتقه حتى مات لكان يباع العبد ويصرف ثمنه الى غرمائه دون غرماء السيد فكذلك حكم هذه السعاية ولكن غرماء السيد يتبعون مال السيد وان شاء غرماء العبد تبعوا مال السيد بقيمة العبد أيضا لانه صار مستهلكا محل حقهم بعتق العبد فوجب لهم قيمة العبد دينا في تركته بعد موته ثم ان عند أبي حنيفة رحمه الله لا تنفذ الكفالة ما لم يفرغ من السعاية لان المستسعى فى بعض قيمته عنده كالمكاتب وكفالة المكاتب لم تصح وعندهما متى عتق نفذت الكفالة لانه عندهما حر عليه دين والمكفول له ان شاء اتبع مال السيد لان أصل دينه عليه وان شاء اتبع العبد لصحة كفالته بعد عتقه غير انه لا يشارك غرماءه فى تلك القيمة لانها بدل ماليته ولم يثبت له مزاحمة مع غرماء العبد فى ماليته فكذلك في بدل المالية فان كان مكان العبد أم ولد فعتقت فان صاحب الكفالة يستسعيها مع غرمائها بماليتها اذ لا مالية فيها ولكن الديون تتقرر فى ذمتها بعد العتق فتؤمر بقضاء ذلك كله والمكفول له أخذها والمدبرة بمنزلة العبد في ذلك لقيام المالية فيها ولا يرجع واحد منهم على السيد بشئ مما يؤدى عنه من الكفالة لانهم كانوا مملوكين له عند الكفالة والمملوك لا يستوجب الدين على مالكه فان في المدبرة ينبغى أن يثبت لغرمائها حق الرجوع فى تركة المولى بقيمتها بخلاف العبد لان المولى باعتاق المدبرة لم يصر مستهلكا من حق الغرماء شيأ اذ لم يكن لهم حق بيع الرقبة فى الدين وانما كان حقهم فى الكسب وذلك حاصل لهم قلنا هو كذلك ومراد محمد رحمه الله من هذا اللفظ المساواة فى ايجاب السعاية فى القيمة على المدبرة والعبد دون الولد على أن المالية كانت قائمة فى المدبرة حتى لو غصبها غاصب ضمن قيمة ماليتها وكان ذلك لغرمائها فلهذا يجب عليها السعاية فى قيمتها لغرمائها كالعبد وكذلك اذا كان المال على السيد من كفالة فأدى عنه العبد كادائه بنفسه فيستوجب الرجوع به على الاصيل وذكر عن شريح رحمه الله انه قال لا كفالة للعبد ومعناه انه ليس له حق ولاية الكفالة بالنفس والمال لانه تبرع بالتزام وهو محجور عنه لحق مولاه

وكفالة المدبر والعبد وأم الولد من غير السيد بنفس أو مال بغير اذنه باطلة حتي يعتقوا فاذا عتقوا لزمهم لان المانع حق مولاه واذا أذن له سيده فيها جازت ان لم يكن عليه دين ويباع العبد في الكفالة بالدين وان كان عليه دين بدئ بدينه قبل دين الكفالة وأما أم الولد والمدبر فانهما يستسعيان فى الدين لان رقبتهما ليست بمحل للبيع فكان عليهما قضاء الدين من كسبهما وهو السعاية فيبدأ بدينهما من سعايتهما ثم بدين الكفالة اذا كان باذن المولى واذا كفل العبد باذن سيده بنفس رجل ثم أعتقه سيده لم يضمن شيأ وأوخذ العبد بالكفالة لانه بالاعتاق لم يضع علي المكفول له شئ فان حقه فى مطالبة العبد بتسليم نفس المكفول به ذلك بعد العتق وقبله سواء وانما أبطل المولى المالية بالعتق ولا تعلق للكفالة بالنفس بالمالية وان كانت الكفالة بمال ضمن السيد الاقل من قيمته ومن الدين لان حق المكفول له تعلق بماليته فان الدين لا يجب علي العبد الا شاغلا لماليته وقد ظهر الوجوب فى حق المولى باذنه له فى الكفالة فاذا أتلفه بالاعتاق صار ضامنا ذلك للطالب والغريم بالخيار ان شاء اتبع العبد بالمال لكفالته وان شاء اتبع السيد لاتلافه مالية الرقبة فان تبع العبد كان للعبد أن يتبع المكفول به ان كان كفل بأمره وان اتبع السيد كان للسيد أيضا أن يتبع المكفول به ان كان المكفول به طلب من السيد أن يأمر عبده وان لم يكن طلب من السيد ولا من العبد لم يرجع عليه بشئ لانهما تبرعا بالالتزام والاداء عنه واذا كانت قيمة العبد التاجر ألفي درهم وعليه دين ألف درهم فأمره مولاه فكفل بالف درهم ثم استدان العبد بعد ذلك ألف درهم ثم باعه القاضى فى الدين بألف درهم فان ثمنه يضرب فيه الغرماء الاولون والآخرون بدينهم كله ويضرب فيه أصحاب الكفالة بالف درهم مقدار الفارغ من قيمته عن الدين يوم كفل لان التزامه المال بالكفالة باذن المولى انما يصح بقدر الفارغ والفارغ يومئذ كان ألف درهم (ألا ترى) أن المولى لو أقر عليه بالدين لم يصح الا بقدر الفارغ من ماليته فكذلك اذا أذن له حتى كفل فاستدانته ملزمة اياه من غير أن يشترط فيه فراغ المالية فثبت عليه جميع ما استدانه فلهذا ضرب كل غريم من غرمائه بجميع دينه ولا يضرب المكفول له الا بألف درهم واذا كفل العبد وهو صبي بغير اذن سيده بنفس أو مال ثم عتق لم يلزمه من ذلك شئ لانه غير مخاطب والتزامه فى حق نفسه غير صحيح (ألا ترى) انه لو كفل بعد ما عتق وهو صبي لم يلزمه بذلك شئ فكذلك قبله وان كان كفل باذن سيده فهو جائز عليه فى

الرق وبعد العتق لما بينا أن اذن السيد فى الكفالة بمنزلة اقراره عليه بالدين وذلك صحيح عليه فى الرق وبعد العتق فكذلك هذا وهذا لان للمولى قولا ملزما على عبده وقوله على عبده ألزم من قول الاب على ولده ثم كل دين وجب على الولد باعتبار اذن والده كديون التجارة يكون الوالد مؤاخذا به بعد البلوغ فكذلك ما يجب على العبد باذن السيد يكون مؤاخذا به بعد العتق وان كفل باذن سيده بدين يستغرق قيمته ثم كفل بدين آخر يستغرق قيمته باذنه أيضا لم يجز الدين الثانى لان شرط صحة هذا الالتزام فراغ المالية فما لم يقض بالاول لا يصير هذا الشرط موجودا فلا يثبت الثانى وهو بمنزلة ما لو أقر السيد عليه بدين مستغرق قيمته ثم بدين آخر وكذلك ان كان الدين الاول من تجارته وان عتق قبل ان يقضي دينه لزمه الثانى لان المانع كان اشتغال المالية بحق الاول وقد زال ذلك المعنى ببطلان المالية بالعتق فاستوت الديون عليه بعد العتق وان كان مولى العبد صبيا فاذن هو أو أبوه أو وصيه للعبد فى الكفالة لم يجز أما الصبي فلانه لا يملك مباشرة الكفالة فكذلك لا يأذن فيه لعبده وليس للأب ولاية الكفالة على الصبي ولا فى ماله (ألا ترى) أنهم لو أذنوا للصبي حتى كفل لم يصح فكذلك اذا أذنوا فيه لعبد الصبي وكذلك ان كان مولاه عبدا تاجرا لانه لا يملك الكفالة بنفسه فلا يصح اذنه بذلك لعبده فان أذن المولى لعبد عبده فى الكفالة بنفس أو مال فان كان على العبد الاول دين مستغرق لم يجز لانه من كسبه كسائر الاجانب فى حق التصرف ما لم يفرغ من دينه وان لم يكن على واحد منهما دين جاز لان الثانى خالص ملكه كالاول فكما تصح الكفالة من الاول باذن مولاه فكذلك من الثانى وان أمر السيد عبده ان يكفل بثلاثة آلاف درهم عن رجل وكفل بها ثم استدان ثلاثة آلاف درهم وباعه القاضى بألفين فانه يضرب فيها أصحاب الكفالة بدينهم كله وأصحاب الدين بجميع دينهم لان الكفالة من العبد حصلت فى حال فراغه من الدين فنفذت فى الكل ثم اشتغاله بدين الكفالة لا يمنع وجوب الدين عليه بالاستدانة فيثبت الدينان فيضرب كل واحد من الفريقين فى ثمنه بجميع دينه وهو كما لو أقر المولى عليه بثلاثة آلاف درهم ثم استدان العبد مثل ذلك واذا كفل العبد وهو يساوي ألف درهم باذن سيده بالف درهم ولا دين عليه ثم كفل بألف أخرى باذنه أيضا لم تجز الكفالة الثانية لان بالكفالة الاولى اشتغلت جميع مالية العبد بحق المكفول له وشرط صحة الكفالة فراغ المالية فاذا لم يوجد ذلك عند الكفالة الثانية لم يصح كما لو أقر المولي عليه بدين بقدر

قيمته ثم بدين آخر فازدادت قيمته حتى بلغت ألف درهم ثم كفل بألف أخرى باذن مولاه فهو جائز لان شرط صحة الكفالة الثالثة قد وجد وهو فراغ المالية عندها بقدرها فان قيل اذا زادت قيمته لماذا لم تشتغل هذه الزيادة بالكفالة الثانية حتى لا تصح الكفالة الثالثة قلنا لان شرط صحة العقد انما تعتبر عند وجود العقد لانه يتعذر اعتبار ما بعده فان القيمة تزداد تارة وتنقص أخرى فلهذا صححنا باعتبار هذه الزيادة الكفالة الثالثة دون الثانية فان باعه القاضى بألفي درهم فانها تقسم بين المكفول له الاول والمكفول له الآخر نصفين لصحة هاتين الكفالتين ولا شئ للاوسط لانه كفل له وليس في قيمته فضل فلم تصح الكفالة له ولا مزاحمة بين الصحيح والفاسد وكذلك لو باعه بألف وخمسمائة أو بألف درهم لان الكفالتين يعنى الاولى والثانية استوتا فى الصحة والمقدار فما يحصل من ثمن العبد قل أو كثر فهو بينهما نصفان حتى يستوفيا حقهما فان فضل شئ بان باعه بألفين وخمسمائة أو بثلاثة آلاف فالفضل للثانية لان هذا الفضل حق المولى والمولى قد رضى بصرفه الى الكفالة الثانية حين أمره ان يكفل بها (ألا ترى) ان العبد المديون لو كفل باذن مولاه ثم سقطت ديونه بالاداء يصرف كسبه ورقبته الى دين المكفول له فكذلك هنا واذا قال الرجل لرجل ماذاب لك على فلان فهو على ورضى بذلك الطالب فقال المطلوب لك على ألف درهم وقال الطالب لى عليك ألفان وقال الكفيل مالك على شئ فالقول قول المطلوب لان الطالب يدعى عليه الزيادة وهو منكر ثم ما أقر به المطلوب يكون لازما على الكفيل لان القاضى يقضى عليه باقراره فيتحقق الذوب فى هذا القدر بقضاء القاضى كما يتحقق ان لو قامت البينة فيكون ذلك لازما على الكفيل فان قيل فى هذا الزام المال على الكفيل بقول المطلوب وقوله ليس حجة عليه قلنا ليس كذلك بل فيه ايجاب المال عليه بكفالته لانه لما قيد الكفالة بالذوب مع علمه أن الذوب قد يحصل عليه باقراره فقد صار ملتزما ذلك بكفالته وكذلك لو قال ما أقر لك به فلان من شئ فهو على وما صار لك عليه فهو على وهذا كله استحسان وفى القياس لا يجب على الكفيل شئ اذا أنكر الوجوب على المطلوب مالم يقم البينة بذلك لما بينا ان الاقرار حجة فى حق المقر خاصة فالثابت باقرار المطلوب ثابت فى حقه دون غيره ولكنا نترك هذا القياس للتنصيص من الكفيل في الكفالة على ما يقر به المطلوب أو على ما يذوب عليه مطلقا من غير تقييد الذوب بشئ وكذلك لو قال ماقضى لك عليه فهو على الا أن هنا لا يلزم الكفيل حتى يقضى على المطلوب

باقراره لانه كفل بمال مقضى به فما لم يصر المال مقضيا به على المطلوب لا يتقرر الوصف الذي قيد الكفالة به ولو قال ما لك عليه فهو علي لم يلزم الكفيل شئ باقرار المكفول عنه لانه كفل بما هو واجب عليه وقت الكفالة وما بعد ذلك ثبت الوجوب عليه ولم يبين في حق الكفيل أنه صار واجبا وقت الكفالة لان الاقرار اخبار في حق المقر ولكن في حق الغير يجعل كالانشاء بمنزلة اقرار المريض في حق غرماء الصحة بخلاف ما سبق فان هناك انما كفل بما يقر به في المستقبل أو بما يلزمه في المستقبل أو بما يقضى عليه به في المستقبل وذلك يثبت باقراره حتى لو قال ما كان اقر به لك فلان أمس فهو علي فقال المطلوب قد اقررت له أمس بألف درهم وجحد ذلك الكفيل فلا شئ عليه لانه كفل بمال سبق الاقرار به من المطلوب على الكفالة ولا يتبين ذلك باقراره بعد الكفالة في حق الكفيل لانه متهم في ذلك فلا يجب على الكفيل الا ان يقيم البينة على اقراره بذلك أمس فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو قال ما أقر لك به من شئ فهو علي فقامت عليه البينة انه قد أقر قبل الكفالة بألف درهم لم تلزم الكفيل الا ان يقربها بعد الكفالة لان هذا اللفظ انما يدخل فيه اقرار يكون منه في المستقبل لا ما كان منه في الماضي وكأنه أورد هذا الفصل لايضاح الفرق الأول وما قضي به القاضي بنكوله عن اليمين لم يلزم الكفيل لانه انما كفل بما يقر به والنكول بدل عند أبي حنيفة رحمه الله وليس باقرار وعندهما هو قائم مقام الاقرار لضرورة فصل الخصومة وذلك في حق الخصمين دون الكفيل فاذا لم يكن بمنزلة الاقرار في حق الكفيل لا يلزمه شئ واذا ادعى رجل قبل عبد دعوى فكفل مولاه بنفسه فهو جائز لانه التزم تسليم ما يقدر على تسليمه وهذا الفصل في الكفالة بالنفس أقرب الى الجواز من غيره لان له ولاية على عبده بسبب ملكه فيقدر على تسليمه وكذلك كفالة المولى عن العبد بالمال جائزة لان العبد يصح أن يكون مطلوبا بالمال فلو كفل عنه أجنبي صح فكذلك مولاه * فان قيل دين العبد مستحق القضاء من ماليته وهو ملك مولاه فأي فائدة في هذه الكفالة * قلنا الفائدة شغل ذمة المولى اما بالمطالبة أو بأصل الدين واستحقاق قضائه من سائر أمواله وهذا اذا لم يكن ثابتا قبل الكفالة واذا أدى المال لا يرجع به على عبده وان أداه بعد عتقه لم يستوجب المولى عليه شيئا فان المولى لا يستوجب على عبده دينا وقد بينا أنه متى لم يجب عند الكفالة للكفيل على المكفول عنه لا يجب بعد ذلك وان أحال العبد غريما له على مولاه بدينه على ان يبرأ العبد فمات المولى ولا مال له الا العبد وعلى العبد دين كثير فللمحتال

له أن يرجع على العبد لان مالية العبد مستحقة بديونه وقد مات المولى ولا مال له الا العبد مفلسا ومن أصلنا ان الحوالة تبطل بموت المحتال عليه مفلسا على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى واذا بطلت الحوالة بعود دين المحتال له الى العبد فيضرب بدينه في مالية العبد مع غرمائه وان كفل المولى عن عبده بدين ثم أبرأ صاحب الدين المولى الكفيل كان فسخا للكفالة وذلك لا يسقط الدين عن الأصيل (ألا ترى) ان قبل الكفالة كان المال واجبا على الأصيل فكذلك بعد انفساخ الكفالة يبقى المال على الأصيل وهذا بخلاف الهبة من الكفيل لان الهبة تمليك فلا يمكن تصحيحه الا بتحويل الدين الى ذمة الكفيل فلهذا يسقط عن الأصيل فاما الابراء فاسقاط محض واسقاط المطالبة دون أصل الدين صحيح فكان ابراء الكفيل اسقاطا للمطالبة عنه فيبقى المال على الاصيل بحاله وان ابرأ العبد برئا جميعا لان ابراء الاصيل اسقاط لاصل الدين وذلك يوجب براءة الكفيل ضرورة فان كفل المولى بنفس عبده وضمن ماذاب عليه وغاب العبد تاجرا فان المولى يؤخذ بنفسه لكفالته ولا يكون خصما فيما على العبد حتى يحضر العبد فيخاصم فاذا قضى عليه لزم المولى لأنه انما ضمن ما يذوب على العبد بل ولا يتحقق الوجوب على العبد ما لم يقض عليه القاضي بحضرته وما لم يثبت ضمان المالك لا يكون هو خصما فيه وقد سبق نظيره في الحر فكذلك في العبد سواء كان عليه دين أو لم يكن لان المولى ليس بخصم فيما على عبده بدون الضمان واذا كان لرجل على عبد تاجر ألف درهم ولآخر على ذلك الرجل ألف درهم فأحاله بذلك على العبد أو ضمنه العبد له بامره فهو جائز لانه لا يلتزم بهذه الحوالة والضمان شيأ لم يكن عليه انما يلتزم ما هو عليه فلا يتحقق معنى التبرع في هذا الالتزام وكذلك وصي الصبي لو استدان مالا وأنفقه عليه ثم أمر الصبي بأن يضمن هذا المال جاز لانه ليس بالزام للمال بل فيه التزام لما عليه كذا هنا وفي الحقيقة هذا أمر من غريم العبد للعبد بأن يدفع ماله عليه الى غريمه أو يوكل غريمه في أن يقبض من العبد ماله عليه وكما يملك أن يطالب بنفسه يملك أن يوكل غيره (ألا ترى) أن المال لو كان عينا في يد العبد للآمر فأمره أن يدفعه الى مديونه صح فكذلك اذا كان دينا في ذمته ولو كفل رجل بنفس عبد محجور عليه بأمره فان الكفيل يؤخذ بالكفالة لان العبد مخاطب وتسليم النفس عليه لجواب الخصم مستحق وانما تأخر ذلك عنه لحق المولى فتصح الكفالة بذلك عنه كالمال فان العبد المحجور لو أقر لانسان بمال ثم كفل به عنه انسان صح وليس لهذا الكفيل أن يتبع العبد بذلك حتى

يعتق كما أن الطالب لا يطالبه بذلك حتى يعتق فاذا أعتق اتبعه بكفالته حتى يبرئه منها لانه أمره بهذه الكفالة وأمره فى حق نفسه صحيح فكان مطالبا به بعد العتق ولو كان على المكاتب مال لرجل فكفل به عنه لا خر كان جائزا بخلاف كفالة المكاتب بالنفس أو بالمال فان ذلك تبرع واصطناع معروف وهذا ليس بتبرع وانما هو التزام مال أصله عليه ولا فرق فى حقه بين أن يدفعه الى الاول أو الى الثانى فلهذا صحت الكفالة وان أمر المكاتب عبده أن يكفل بمال على المكاتب فهو جائز لان المكاتب ملتزم فصار هذا الدين من كسبه وعبده كسبه فليس فى هذه الكفالة الا استحقاق ماهو مستحق بخلاف مااذا أمره أن يكفل عن غيره فان ذلك التزام بطريق التبرع فيما ليس عليه ولا يملك المكاتب مباشرته بنفسه فكذلك لا يملك أن يأمر عبده به ولو أن رجلا طلب من مكاتب أو عبد تاجر أن يشترى له متاعا بمال مسمى ولم يدفع اليه شيأ فاشترى العبد كان شراؤه فى القياس لنفسه دون الآمر لانه ملتزم المال فى ذمته بعوض يحصل للآمر فيكون هذا بمنزلة الكفالة (ألا ترى) انه لو أمره بالشراء له بالنسيئة لم يصح فكذلك بالنقد وفى الاستحسان هذا جائز لانه من صنع التجار وهو محتاج اليه فان من لا يعين غيره لا يعان ثم المشترى محبوس فى يده حتى يستوفى الثمن من الآمر بخلاف الكفالة والشراء بالنسيئة وقد بينا هذا فى كتاب الوكالة وذكر عن ابراهيم رحمه الله قال لا يجوز كفالة الرجل عن المكاتب بالمكاتبة لمولاه وبه نأخذ لان المكاتب عبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا ولان ما للمكاتب على المكاتب بصفة لا يمكن ايجابه بتلك الصفة على الكفيل لان المكاتب يتمكن من أن يسقط عن نفسه المال بان يعجز نفسه ولا يمكن اثباته فى ذمة الوكيل الكفيل بهذه الصفة ولو أثبتناه فى ذمة الكفيل لاثبتناه أكثر مماهو واجب فى ذمة الاصيل وذلك لا يجوز وكذلك لو كان للمولى عليه دين سوى مال الكتابة وكفل به رجل لم يجز للمعنيين اللذين ذكرناهما فان المكاتب اذا عجز نفسه فكما يسقط عنه بدل الكتابة فكذلك تسقط سائر ديون المولى وكذلك لو كان له مكاتبان كل واحد منهما مكاتب على حدة فكفل أحدهما بمال على صاحبه للمولى من الكتابة أو الدين لم يجز لانه كفالة لمكاتب ولا كفالة للمولى عن المكاتب وذلك غير صحيح من الحر فلأن لا يصح من المكاتب كان أولى ولو كان بينهما مكاتبة واحدة وجعل نجومها واحدة فاذا أديا عتقا وان عجزا ردا كان ذلك جائزا استحسانا وفى القياس هذا لا يجوز لانه كفالة لمكاتب ولانه كفالة ببدل الكتابة

ولكنه استحسن فقال المولى جعلهما في هذا الحكم كشخص واحد فكأنه الزم جميع المال كل واحد منهما ثم علق عتق صاحبه باداثه وله هذه الولاية ولهذا كان له أن يأخذ كل واحد منهما بجميع الكتابة الا أنه في حق ما بينهما اذا أدى أحدهما جميع البدل رجع على صاحبه بنصفه فاما في حق المولى فالمال عليهما كشيء واحد حتى انه لو أدى أحدهما نصيبه من البدل لا يعتق لان المولى مارضي بعتقهما ولا عتق أحدهما حتى يصل اليه جميع البدل واذا دان المولى أحدهما دينا بعد المكاتبة فكفل الآخر لم يجز لانه لم يكن على هذا الآخر من الدين شيء ولا تعلق عتقه بأدائه فكان هذا التزاما منه بطريق التبرع ثم هو التزام الدين عن المكاتب لمولاه وذلك باطل بخلاف الاول فان عتقه تعلق بأداء ذلك المال فيجوز أن يكون هو ملتزما أداءه ولو كان للمكاتب مال على رجل فأمره فضمنه لمولاه من المكاتبة أو من دين له سوى ذلك فهو جائز لان أصل ذلك المال واجب على الكفيل فهذا في الحقيقة أمر له منه بدفع ما عليه الى مولاه أو توكيل لمولاه أن يقبض دينه من غريمه وذلك مستقيم ولو كان للمولى دين على ابن المكاتب أو على رحم محرم منه أو على عبد له فكفل به لم يجز لان من دخل في كتابته فهو مكاتب لمولاه وكفالة الرجل على المكاتب لمولاه باطلة ومن لم يدخل في كتابته فهو عبد للمكاتب والدين الذي للمولى على عبد المكاتب بمنزلة الدين له على المكاتب لان كل واحد منهما يسقط بعجز المكاتب فكما لا تجوز الكفالة للمولى بماله على مكاتبه فكذلك بماله على عبد مكاتبه وان كفل به المكاتب عن عبده أو أم ولده جاز لان كسبهما ورقبتهما كذلك (ألا ترى) انه اذا أدى بدل الكتابة يتقرر ملكه فيهما فكان الواجب على ملكه بمنزلة الواجب عليه وتبين بهذا انه بهذه الكفالة ليس بملتزم ماليس عليه بطريق التبرع وان كفل به عن ابنه أو عن أحد أبويه لم يجز أما اذا كان حرا فغير مشكل وكذلك ان كان داخلا في كتابته لان من دخل في كتابته فهو بمنزلة المكاتب لمولاه (ألا ترى) ان بادائه يعتق كما يعتق المكاتب وان كان في الحال لا تصح منه الكفالة والتبرعات كما لا تصح من المكاتب فكفالة أحد المكاتبين عن الآخر باطلة وان كان المولى واحدا واذا مات مولى المكاتب وكفل رجل بماله عليه من الكتابة أو غيرها للورثة لم يجز لانهم قائمون مقام المورث فكما لا تصح كفالة هذا الرجل للمورث عنه في حياته فكذلك لوارثه بعد وفاته * فان قيل الوارث لا يملك رقبة المكاتب فلماذا لا تصح الكفالة * قلنا هو بمنزلة المالك على معنى انه اذا عجز كان مملوكا له مع

أن المانع من الكفالة ضعف ذلك الدين فى حق الاصيل حتى انه يسقط عنه اذا عجز نفسه وفى هذا لا فرق بين المولى وبين وارثه بعد موته ولو كان للمكاتب دين على بعض الورثة وكفل به رجل أو كفل بنفس المطلوب كان جائزا لان الاصيل مطلوب بهذا المال مطلقا فتصح كفالة الكفيل به (ألا ترى) أن المال لو كان للمكاتب على مولاه لم يكن من جنس الكتابة وكفل به رجل للمكاتب عن المولى صح فكذلك وارثه بعد موته واذا ادان العبد التاجر لمولاه دينا ولا دين عليه وأخذ منه كفيلا بذلك فالكفالة باطلة لان العبد لا يستوجب الدين على مولاه اذا لم يكن عليه دين فان دينه كسبه وكسبه ملك المولى ومن ملك ما فى ذمته سقط ذلك عنه وان كان على العبد دين فالكفالة جائزة لان كسبه حق غرمائه فيتحقق واجبا فى ذمة المولى كما يتحقق واجبا فى ذمة غيره فلهذا صحت الكفالة به عنه والكفالة بالنفس فى ذلك مثل الكفالة بالمال لانه اذا لم يكن على العبد دين لخصومته مع المولى لا تلزم المولى تسليم النفس اليه للجواب فلا تصح الكفالة بتسليم نفسه أيضا واذا كان عليه دين فانه يستحق على المولى تسليم النفس للجواب فيصح التزامه بالكفالة أيضا وكذلك أخذ هذا الكفيل بنفس مولاه فى خصومة شئ يدعيه قبله وكيلا فى خصومته فهو جائز اذا كان عليه دين لان الجواب لما كان مستحقا على المولى صح توكيله به وان لم يكن عليه دين فهو باطل لان الجواب غير مستحق له على المولى فكذلك على وكيله لان العبد اذا لم يكن عليه دين فحقه لمولاه ويكون هذا بمنزلة التوكيل من المولى عبده فى ان يخاصم نفسه وذلك باطل وكذلك لو كفل الوكيل بنفس المولى وضمن ما عليه وهو مائة درهم فهو على التقسيم الذى قلنا فان مات المولى وعلى العبد دين فللعبد أن يستوفى المال من الكفيل لصحة الكفالة ويرجع به الكفيل فى تركة المولى لانه كفل عنه بأمره وأدى وكذلك لو كان المولى صبيا وقد أذن أبوه أو وصيه لعبده فى التجارة فاستهلك الصبي شيأ لعبده وعليه دين فضمان ذلك واجب عليه كما لو استهلكه على غريم العبد فاذا أخذ منه كفيلا بالمال برضا الاب أو الوصي كان ذلك جائزا لانه دين مستحق عليه يؤمر الاب والوصى بقضائه من ماله فتصح كفالة الكفيل به واذا كان بأمر الاب أو الوصي رجع الكفيل عليه اذا أداه واذا كفل الكفيل للعبد بمال عن مولاه وعلى العبد دين فأدى العبد دينه برئ الكفيل من الكفالة لان صحة هذه الكفالة باعتبار الدين على العبد حتى اذا لم يكن عليه دين لا تصح الكفالة فاذا سقط الدين فقد انعدم المعنى الذى

به كانت الكفالة وان عتق قبل أن يؤدى دينه ثم أداه من مال اكتسبه بعد العتق أخذ الكفيل بالمال لان الاصل أن العبد المديون اذا ادى دينه بعد العتق من مال اكتسبه بعد العتق لا يكون متبرعا بالاداء ولكن يرجع بالمؤدى فيما اكتسبه قبل العتق وما اكتسبه قبل العتق هو الدين الذى له على مولاه فاذا لم يسقط ذلك الدين عن المولى بقى الكفيل على كفالته وان أداه من مال كان له فى الرق برىء الكفيل من الكفالة لانه لا يستوجب الرجوع بالمؤدى فى كسبه فصارما فى ذمة المولى حقا له فبالخلوص يسقط عنه وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك هذا الحرف فيما اذا أدى دينه فى حال الرق فان ما فى ذمة المولى يخلص له ويسقط عنه وبراءته توجب براءة الكفيل وكفالة الرجل للمكاتب بنفس مولاه أو بدين له عليه جائزة لان المولى فى كسب مكاتبه أنفذ منه فى كسب عبده المديون وقد بينا صحة كفالة العبد عن مولاه اذا كان مديونا فللمكاتب أولى وكذلك لو كفل بنفسه وضمن ماذاب عليه أو جعله كفيلا بنفسه وكيلا فى خصومته وهذا بخلاف كفالة المولى عن المكاتب لان دين المولى على مكاتبه لا يقوى حتى يملك المكاتب اسقاطه بالتعجيز فامادين المكاتب على مولاه فقوى فان المولى لا يملك اسقاطه الا بالاداء فلهذا صحت الكفالة به وكذلك لو كفل عن المولى بدين لابن المكاتب أو أبعد من ذلك وابن المكاتب بمنزلة المكاتب لان من دخل فى كتابته فهو مكاتب للمولى والمستسعى فى بعض قيمته بعد ما عتق بعضه بمنزلة المكاتب وفى قول أبى حنيفة رحمه الله لا يجوز كفالة أحد عنه بالسعاية لمولاه ولا بنفسه * فان قيل المعنى الذى لاجله لا تجوز الكفالة ببدل الكتابة عن المكاتب للمولى لانه ضعيف يملك المكاتب اسقاطه بالتعجيز وهذا لا يوجد فى السعاية فانه لا يملك اسقاطه بالتعجيز اذ ليس له ان يعجز نفسه فينبغى ان تصح الكفالة * قلنا بل المعنى أن المكاتب عبد ولا يقوى دين المولى فى ذمته لانه ليس للعبد ذمة قوية فى حق مولاه وهذا موجود هنا فالمستسعى عنده بمنزلة المكاتب لان الرق يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يعتق نصيبه ما لم يؤد حق السعاية وكذلك المعتق عند الموت اذا لم يخرج من الثلث فلزمته السعاية فهذه السعاية بمنزلة بدل الكتابة على معنى أنه لا يعتق الا بأدائها فلا تصح الكفالة بها عند المولى وهذا بخلاف ما اذا أعتق عبده على مال فكفل كفيل للمولى بذلك المال صحت الكفالة لانه عتق هناك بنفس القبول فكان المال دينا قويا فى ذمته كسائر الديون والمستسعى لا يعتق الا بالأداء فلا يكون

المال لازما فى ذمته بصفة القوة وهـذا لان العتق فى الأصـل صلة وكل مال يحصل بأدائه العتق أو يتم بادائه العتق يكون فى معـنى الصـلة فلا تصح الكفالة به فاما الواجب بعد تمام العتق فليس فيه معنى الصلة فتصح الكفالة به واذا كان العبد التاجر بين رجلين فادانه أحدهما دينا وأخذ منه كفيلا به أو بنفسه فهو جائز غير انه لا يلزم الكفيل الا نصف المال لانه انما يجب على الكفيل بالكفالة ماهو واجب على الاصيل وهو العبد نصف المال لان حصة المولى المدينة لا تجب عليه فان المولى لا يستوجب الدين على عبده وانما ثبت بحصة نصيب الآخر وذلك نصف المال فوجب على الكفيل ذلك أيضا وكذلك لو كان العبد هو الذي ادان أحد موليه وأخذ منه كفيلا بنفسه أو بالمال فهو جائز يؤخذ ان كان على العبد دين لان جميع الدين هنا ثابت للعبد على المولى الذى له النصف لانه غير مملوك والنصف الآخر لقيام الدين عليه وان لم يكن عليـه دين ثبت نصف الدين عليـه وهو نصيب المولى الآخر فاما نصيبـه من كسب العبد فى خالص حقه فتصح الكفالة عنـه للعبد بالنصف هنـا دون النصف الآخر وكذلك شريك المولى شركة مفاوضة لو ادان العبد دينا فأخذ منه كفيلا بنفسه أو بالدين فهو جائز غير انه يبطل من حصة المولى من الدين نصفها بقدر ملـكه وما سقط عن الاصيل سقط عن الـكفيل بقدره ولو كان للمولى شريك شركة عنان فادان العبد وأخذ منه كفيلا بنفسه أو بالدين فهو جائز لان شريكى العنان فيما ليس من شركتهما كسائر الاجانب فكان جميـع دينه مستحقا على العبد فتصح الكفالة ولو ان المولبين جميعا أدانا العبد دينا واحدا بعقد واحد وفى صفقة واحدة فأخذا منه كفيلا بالمال أو بنفسه فهو جائز غير انه يبطل منه مقدار حصته لانه لا يستوجب الدين على ملـكه وبقدر ما يبطل عن الاصيل يبطل عن الـكفيل ولو أن العبد أدان موليه دينا وأخذ منهما كفيلا به فهو جائز غير انه يبطل من كل واحد منهما نصف الدين لان نصف كسب العبـد خالص كل واحـد منهما اذا لم يكن على العبد دين ولو كان للعبد دين على رجل فكفل به أحد موليه أو كفل بنفسه فهو جائز يؤخذ به كله ان كان عليه دين لان كسبه حق غرمائه فالمولبان منه كسائر الأجانب وان لم يكن عليه دين أخذ بنصفه لان نصف كسبه للمولى الذى كفل ولا يجب له بالـكفالة على نفسـه فلهذا كان له عليه الـكفالة بقدر نصيب شريكه وان كفل له المولبان جميعا بمال وكل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه فان كان على العبد دين فهو جائز لانه ان كفل به أحدهما جاز فـكذلك اذا كفلا

به لانهما كسائر الاجانب فى كسبه وأيهما أدى اليه المال رجع على صاحبه بنصفه ليستويا فى غرم الكفالة كما استويا فى أصل الكفالة وان لم يكن عليه دين بطل عنهما نصف هذا الدين لان كل واحد منهما مالك لنصف كسبه ولا يملك لنفسه بنفسه فلهذا بطل عنهما نصف هذا الدين ولا يكون كل واحد منهما كفيلا من قبل صاحبه لان كل واحد منهما انما يضمن بأصل الكفالة صاحبه فلا يجوز ان يصير صاحبه كفيلا عنه بذلك اذ يكون كفيلا بنفسه وذلك باطل ولو كفل ماجازت فيه كفالة المسلم عن المسلم والذمى عن الذمى جاز لان الكفالة من المعاملات وأهل الذمة يستوون مع المسلمين فى المعاملات ولو كفل الذمى عن الذمى للذمى بالخمر من قرض أو غصب أو استهلاك صحت الكفالة لان الخمر مال متقوم عندهم فان أسلم الطالب سقطت الخمر عن الاصيل والكفيل جميعا لا الى بدل لانه لا يستوجب الخمر ولا قيمتها ابتداء بهذا السبب على أحد فكذلك لا يبقى ما كان واجبا له ويجعل باسلامه له كبرىء الاصيل والكفيل جميعا وان أسلم المطلوب فكذلك الجواب عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يجب على المطلوب قيمة الخمر ويبقى الكفيل على كفالته وهى رواية زفر رحمه الله وخالفه أبو حنيفة رحمه الله لان اسلام المطلوب لا يمنع وجوب قيمة الخمر عليه للذمى ابتداء (ألا ترى) انه لو استهلك المسلم خمر ذمى أو استقرض من ذمى خمرا فاتلفها كانت مضمونة عليه بالقيمة فكذلك تبقى القيمة على المسلم للذمى وقد جعلنا الطالب باسلامه كالمبرىء والمطلوب لا يمكن ان يجعل باسلامه كالمبرىء لانه لا يبرىء نفسه وان لم يبرأ الاصيل لا يبرأ الكفيل فيكون للطالب الخيار ان شاء رجع على الاصيل بقيمة الخمر وان شاء رجع على الكفيل بالخمر ثم الكفيل يرجع على الاصيل بقيمة الخمر ان كان كفل بأمره ووجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ان الخمر التى هى بدل القرض اذا سقطت بالاسلام تسقط لا الى بدل كما اذا سقطت باسلام الطالب وكان المعنى فيه أن الطالب لو استوفى القيمة لكان به مملكا من المطلوب الخمر التى فى ذمته ولا يجوز تمليك الخمر من المسلم ببدل فتسقط أصلا لان حق اسقاط البدل متى كان متعلقا بشرط تمليك المبدل فاذا امتنع ذلك يسقط أصلا كمن هشم قلب فضة لانسان فلصاحب القلب ان يضمنه قيمته من خلاف جنسه بشرط ان يملكه المهشوم فاذا امتنع من ذلك لا يرجع عليه بشىء بخلاف ما اذا كان المطلوب مسلما وقت الاستقراض والاستهلاك فان أصل الخمر هناك لا تجب فى ذمته ابتداء وانما تجب القيمة ولا

يشترط لوجوب القيمة ملك ما يقابله كمن غصب مدبرا أو أتلفه يضمن قيمته من غير ان يملك المدبر به فاذا سقطت عندهما الخمر عن المطلوب لا الى بدل برئ الكفيل لان ابراء الاصيل يوجب براءة الكفيل ولو أسلم الكفيل خاصة سقطت الخمر عن الكفيل لا الى بدل فى قول أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله ولكن براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل وكانت الخمر للطالب على المطلوب على حالها وعند محمد رحمه الله الطالب بالخيار ان شاء رجع على الكفيل بقيمة الخمر لانه مطلوب وان شاء رجع على الاصيل بالخمر فان أخذ من الكفيل قيمة الخمر لم يرجع الكفيل على الأصيل بشئ لانه مطالب فى حق الاصيل واسلام الطالب يسقط الخمر لا الى بدل وان أسلموا جميعا يسقط الخمر لا الى بدل لان فى اسلامهم اسلام الطالب وزيادة وكذلك ان اسلم الطالب والكفيل أو الطالب والاصيل فان أسلم الكفيل والاصيل سقطت الخمر لا الى بدل عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وتحول الى القيمة عند محمد رحمه الله فاذا استوفاه من الكفيل لم يرجع الكفيل على الاصيل لانه طالب فى حقه ولو كانت الخمر من ثمن بيع والمسئلة بحالها فان أسلم الطالب أو المطلوب سقطت الخمر لا الى بدل بالاتفاق لانفساخ البيع بينهما باسلام أحدهما قبل قبض الخمر وان أسلم الكفيل خاصة فالبيع يبقى على حاله ويسقط الخمر لا الى بدل من الكفيل فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يتحول الى القيمة لان ما فى ذمة الكفيل بمنزلة القرض ولو كانت الخمر سلما والمسئلة بحالها فان أسلم الطالب والمطلوب سقطت لا الى بدل لانفساخ العقد بينهما وان أسلم الكفيل يبقى العقد بين رب السلم والمسلم اليه ولكن يبرأ الكفيل بالاتفاق لانه لا يجوز ان يتحول حق رب السلم الى القيمة دينا فى ذمته فان الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز ولو كانت الخمر صداقا والمسئلة بحالها فنقول أما بيان قول أبى حنيفة رحمه الله فالصداق اما ان يكون خمرا أو خنزيرا بعينه أو بغير عينه فان كان بعينه وقد كفل به كفيل فهو صحيح لان الصداق مضمون بنفسه فى يد الزوج والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة كالمغصوب وسواء أسلم الزوج والمرأة أو أحدهما أو أسلموا جميعا فبقى حقها فى العين كما بيناه فى كتاب النكاح فيكون لها ان تأخذ العين من الزوج وان شاءت طالبت الكفيل بالتسليم لان لزوج لما بقى بالتسليم بعد اسلامه يبقى الكفيل مطالبا به أيضا وان كان بغير عينه فان كان خمرا وأسلمت المرأة فحقها فى ذمة الزوج فى قيمة الخمر ويبرأ الكفيل من

الكفالة لانها طالبته وما فى ذمة الكفيل بمنزلة بدل القرض فانه غير واجب بالنكاح بل انما وجب بالكفالة فيسقط باسلام الطالب لا الى بدل فأما فى ذمة الزوج فصداق واسلامها يحول الحق الى قيمة الخمر فى صداق بغير عينه عند أبى حنيفة رحمه الله وان أسلم الزوج فحقها عليه فى قيمة الخمر وان شاءت طالبت الكفيل بالخمر لان الاصيل ما برئ باسلامه بل تحول الى القيمة فى حقه لتعذر تسليم عين الخمر عليه ولم يتعذر ذلك على الكفيل فان استوفت الخمر من الكفيل لم يكن للكفيل ان يرجع على الزوج بشئ لانه بمنزلة المقرض من الاصيل وعند أبى حنيفة رحمه الله اسلام المستقرض يسقط الخمر لا الى بدل وان أسلم الكفيل فانها ترجع على الزوج بالخمر وقد برئ الكفيل لان ما فى ذمته بمنزلة القرض واسلام المطلوب عنده يسقط الخمر لا الى بدل وان كان خنزيرا بغير عينه فان أسلمت المرأة فلها مهر مثلها على الزوج ولا شئ على الكفيل من ذلك لان الخنزير قد سقط ومهر المثل دين حادث على الزوج والكفيل لم يكفل به وان أسلم الزوج فكذلك الجواب لان الزوج قد برئ عن الخنزير أصلا فيبرأ الكفيل ببراءته ومهر المثل دين حادث على الزوج فليس على الكفيل منه شئ وان أسلم الكفيل سقط عنه الخنزير لا الى بدل ولها على الزوج الخنزير أو قيمته على حاله فاما على قول أبى يوسف رحمه الله فالجواب فى الفصول كلها كما هو قول أبى حنيفة رحمه الله فى الخنزير بعينه وعلى قول محمد رحمه الله الجواب فى الفصول كلها كجواب أبى حنيفة رحمه الله فى الخمر بغير عينها الا فى فصلين (أحدهما) فيما اذا أسلم الزوج وأدى الكفيل عين الخمر فعند محمد رحمه الله يرجع الكفيل على لزوج بقيمة الخمر لانه مطلوب فى حقه واسلام المطلوب عند محمد رحمه الله يسقط الخمر الى القيمة (والثانى) فيما اذا أسلم الكفيل عند محمد رحمه الله فلها الخيار ان شاءت رجعت على الزوج بالخمر وان شاءت على الكفيل بقيمة الخمر لان الكفيل مطلوب فى حقها واسلام المطلوب عنده يسقط الخمر الى القيمة ولو كفل الذمى بالخمر عن الذمى لمسلم فهو باطل لان المسلم لا يستوجب الخمر دينا على أحد ولا يكون له الخمر ايضا عينا مضمونة على أحد فلا تصح الكفالة بها له وكذلك ان كفل عن مسلم لذمى بخمر لان الخمر لا يكون دينا فى ذمة المسلم لاحد والكفالة بما ليس بواجب فى ذمة الاصيل باطلة وكذلك لو كفل مسلم لذمى عن ذمى بخمر فهو باطل لان المسلم لا يلتزم الخمر بشئ من العقود لأحد فكذلك بالكفالة لان الخمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم وكفالة الذمى بالخمر للعبد التاجر الذمى

والمكاتب الذى جائزة وان كان مولاهما مسلما لانهما يتصرفان لانفسهما والمعتبر فى التصرف فى الخمر فى حقهما دينهما لا دين مولاهما فان كانا ذميين جازت الكفالة لهما بالخمر كما لو كانا حربيين واذا كاتب الذى عبدين له ذميين على خمر مسماة وكل واحد منهما كفيل عن الآخر فأسلم احدهما صارت كلها قيمة لان جواز العقد كان باعتبار انهما فى هذا العقد كشخص واحد ولولا ذلك لم يصح لاعتبار معنى الكفالة فاذا كانا كشخص واحد يجعل اسلام أحدهما فى حكم التحول من الخمر الى القيمة كاسلامهما * توضيحه انه لا يعتق واحد منهما الا اذا أدى جميع البدل الى المولى ولو تحول نصيب المسلم منهما الى القيمة وبقى نصيب النصرانى منهما خمرا لتميز ما على أحدهما مما على الآخر فيعتق أحدهما باداء ما عليه وذلك خلاف شرط المولى فاما ان يبقى الكل خمرا أو يتحول قيمة وابقاؤه خمرا بعد اسلام أحدهما لا يصح فيتحول الكل الى القيمة وكذلك اذا كان عبد واحد مكاتب لذميين على خمر فأسلم أحدهما لما بينا انه لا يتميز نصيب أحدهما عن نصيب الآخر وقد صح تحول نصيب المسلم منهما الى القيمة فيتحول نصيب الآخر أيضا ضرورة ولو كاتب النصرانى عبدا مسلما وعبدا نصرانيا على خمر وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه لم يجز لانهما كشخص واحد فى هذا العقد وقد بطل نصيب المسلم فكذلك النصرانى اذ لو جوزنا العقد فى نصيب النصرانى لا يبقى جعل المسلم كفيلا به والمولى ما رضى الا بذلك ولو غصب ذمى من ذمى خمرا أو خنزيرا فكفل به عنه مسلم لم يجز ان كانا قائمين لان المسلم كما لا يلتزم الخمر والخنزير فى ذمته دينا بالعقد فكذلك لا يلتزم تسليم عينى الخمر والخنزير بالعقد وان كانا قد هلكا قبل الكفالة صارت الكفالة بما عليه من ضمان الخنزير ولم يجز فى الخمر لان الخمر مضمونة على الغاصب بالمثل فالكفيل المسلم انما يلتزم الخمر فى ذمته بالكفالة وذلك لا يجوز فاما الخنزير فمضمون بالقيمة والقيمة دراهم فصح التزام ذلك بالكفالة ولو كان الغاصب مسلما جازت كفالته عنه فى الخمر أيضا بعد هلاكها لان خمر الذمى مضمونة على المسلم بالقيمة كالخنزير والقيمة دراهم فاذا كانت الكفالة تكون بالقيمة بعد هلاكها فهذا مسلم التزم دراهم هى دين على الاصيل بالكفالة وذلك صحيح

باب الكفالة بالمال

(قال رحمه الله) وفيه حديث أبى امامة رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله

عليه وسلم يقول العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضى والزعيم غارم والمنحة نوع من العارية ولكن فيها معنى المطية فان من أعار غيره شاة اوناقة ليشرب لبنها يسمي ذلك منحة ولهذا قلنا ان من منح غيره شيئا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدار والدابة والثوب يكون عارية ولا يكون منحة وان منحه شيئا لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يكون هبة لاعارية والاعارة فى مثله تكون قرضا وفيه دليل ان رد العارية على المستعير ورد المنحة على الممنوح له لان منفعة النقل حصلت له وقضاء الدين يستحق على المديون بقوله والدين مقضى ومقصوده آخر الحديث وهو قوله والزعيم غارم معناه الكفيل ضامن أى ضامن لما التزمه من مال أو تسليم نفس على معنى انه مطالب به واذا كان لرجل على رجل الف درهم الى أجل فقال له رجل اذاحل أجل مالك على فلان فلم يوفك مالك فهو علي أو قال ان حل فهو علي فهو جائز على ماقال لان حلول المال على الأصيل سبب لتوجه المطالبة عليه والكفالة التزام المطالبة فيجوز اضافتها الى وقت توجد المطالبة به على الاصيل وتعليقها به وكذلك لو قال ان مات فلان قبل أن يوفك مالك فهو علي لان موت المديون سبب لحلول الاجل وتوجه المطالبة بقضاء الدين فيجوز تعليق الكفالة به بخلاف ما اذا علقه بموت رجل آخر واذا ادعى الكفيل بعد موته أو بعد حلول المال ان المطلوب قد كان قضاه قبل ذلك لم يصدق لان السبب الموجب لتوجه المطالبة على الكفيل قد تقرر وقد يدعى مانعا مالم يظهر وهو قضاء المطلوب حقه ولو ادعى المطلوب ذلك بنفسه لم يصدق الا بحجة فكذلك اذا ادعاه الكفيل ولو كان حالا فقال ان لم يعطك فلان مالك فهو علي فتقاضي الطالب المطلوب فلم يعطه ساعة تقاضاه فهو لازم الكفيل لان الشرط امتناع المطلوب من الاعطاء وانما يتحقق بعد ذلك التقاضى فكما تقاضاه وامتنع من الأداء فقد وجد شرط وجوب المال على الكفيل ولان مقصود الكفيل من هذا دفع مؤنة كثرة التقاضى عن الطالب فانه يتأدى بذلك وانما يحصل ذلك اذا صار الكفيل ملتزما عند امتناع المطلوب بعد التقاضى وذكر عن شريح رحمه الله أنه قضى بكفالة وقال ان الكفيل غارم وفيه دليل جواز الكفالة مطلقا لكن لا يكون مستحق التسليم حتي يتحقق ان الكفيل غارم له واذا كفل الرجل عن رجل بمال فللطالب ان يأخذ به أيهما شاء وبمطالبة احدهما لا يسقط حقه فى مطالبة الآخر بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب وقد بينا نوع فرق بينهما ونوع آخر وهو أن هناك الحق قبل أحدهما فيعين من عليه الحق

باختياره وهنا أصل الدين بعد الكفالة على الاصيل كما كان قبله (ألا ترى) انه يكتب في الصكوك لفلان على فلان كذا وفلان به كفيل وموجب الكفالة زيادة الحق للطالب فى المطالبة وانما يتحقق ذلك اذا توجهت المطالبة له عليهما فلا تكون مطالبة احدهما مسقطة حقه فى مطالبته الآخر فاذا أخذ الكفيل به كان للكفيل ان يأخذ المكفول به فيعامله بحسب ما يعامل وليس له أن يأخذ المال من الأصيل حتى يؤديه لانه قبل الأداء مقرض للذمة فلا يرجع بالمال حتى يؤديه فحينئذ يصير به متملكا ما فى ذمة الأصيل ولكن ان قضاه الاصيل فهو جائز لان أصل الوجوب ثبت للكفيل على الاصيل وان كان حق الاستيفاء متأخرا الى أدائه وتعجل الدين المؤجل صحيح فاذا قبضه الكفيل وتصرف فيه كان ماربح حلالا له لانه ملك المقبوض ملكا صحيحا فالربح الحاصل لديه يكون له ولو هلك منه كان ضامنا لانه قبضه على وجه اقتضاء الدين الذى له على الاصيل وعلى وجه الاقتضاء يكون مضمونا على المقتضى ولو اقتضاه الطالب من الذى عليه وهو الاصيل فله أن يرجع على الكفيل بما اعطاه لانه انما اعطاه ذلك ليسلم له به ما فى ذمته بأن يؤديه الكفيل عنه فاذا لم يسلم له كان له أن يرجع عليه بما أعطاه ولو لم يكن دفعه الى الكفيل في الابتداء على طريق القضاء ولكن قال أنت رسولى بها الى فلان الطالب فهلك من الكفيل كان مؤتمنا في ذلك لانه استعمله حين بعث بالمال على يده الى الطالب ولو استعمل فى ذلك غيره كان أمينا فيه فكذلك اذا استعمل الكفيل حتى اذا أداه المطلوب الى الطالب بعد ذلك لا يرجع على الكفيل بشيء وان أدى الكفيل الى الطالب رجع به على الاصيل فهلاك الامانة فى يده كهلاكها في يد صاحبها ولو لم يهلك منه ولكنه عمل به وربح أو وضع كانت الوضيعة عليه لانه مخالف بما صنع والربح له يتصدق به فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قول أبى يوسف رحمه الله يطيب له بمنزلة المودع اذا تصرف فى الوديعة وربح ولو كان الدين طعاما فأرسل به الاصيل مع الكفيل الى الطالب فتصرف فيه الكفيل فربح فهذا والاول سواء ولو أعطاه الطعام اقتضاء عما كفل به فباعه وربح فيه فان أبا حنيفة رحمه الله يقول الربح له ولو تصدق به كان أحب الى وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يطيب له الربح فالحاصل أن الكفيل ان قضى الطالب طعامه فالربح يطيب له لانه استربح على ملك صحيح له وان قضي المطلوب طعامه حتى رجع على الكفيل بالطعام الذى أعطاه فالربح يطيب للكفيل فى رواية كتاب البيوع لان أصل ملكه كان صحيحا فبأن وجب عليه الرد بعد

ذلك لا يمكن خبث في الربح وفى الجامع الصغير يقول يرد الاصل والربح على الاصيل عند أبي حنيفة رحمه الله لانه انما رضي بتسليمه اليه بشرط ولم يسلم له ذلك الشرط ولكن مراده ان يفتى برد الربح عليه من غير أن يجبر عليه فى الحكم وهنا قال يتصدق بالربح لانه يمكن فيه نوع خبث حين كان قبضه بشرط ولم يسلم ذلك الشرط للمعطى فيؤمر بالتصدق به على سبيل الفتوى بخلاف ماتقدم من الدراهم فانها لاتتعين فى العقد فلم يكن ربحه حاصلا على عين المال المقبوض فاما الطعام يتعين فانما ربح على غير المقبوض فيتمكن فيه الخبث من هذا الوجه واذا قال الرجل للرجل اكفل عنى لفلان بكذا وكذا فهذا اقرار منه بالمال ان كفل به أولم يكفل لانه أمره بالكفالة عنه ولا تكون الا بعد وجوب المال على الأصيل فان الكفيل اما ان يلتزم المطالبة بما هو واجب على الاصيل أو يقرض ذمته على ان يثبت فيها ماهو واجب فى ذمة الاصيل فيقتضى أمره بذلك الاقرار وجوب المال عليه والثابت بمقتضى النص كالثابت بالنص فكأنه قال لفلان على الف درهم فاكفل بها عنى واذا كان لرجل على رجل الف درهم الى أجل فتكفل بها عنه رجل ولم يسمه فى الكفالة الى أجل فالكفيل بها ضامن للاصيل وان لم يسمه لانه يلتزم المطالبة التى هى على الأصيل والمطالبة على الأصيل بهذا المال بعد حلول الأجل فكذلك على الكفيل أو يلتزم فى ذمته ماهو ثابت في ذمة الأصيل والثابت في ذمة الأصيل مؤجل الى سنة فكذلك لو كان فى ذمة الأصيل زيوف تثبت فى ذمة الكفيل بتلك الصفة وهنا بخلاف الشفيع اذا أخذ الدار بالشفعة والثمن مؤجل على المشترى لا يثبت الأجل فى حق الشفيع لان الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وهو سبب مبتدأ لوجوب الثمن به على الشفيع فلا يثبت الأجل فيه الا بالشرط فأما الكفالة فليست بسبب لوجوب المال بها ابتداء ولكنها التزام لما هو ثابت فلا يثبت الا بتلك الصفة فان مات الكفيل قبل الأجل فهو عليه حال يؤخذ من تركته لانه بالموت استغنى عن الأجل ولانه يتصور لابقاء الاجل بعد موته لان يدوارثه لا تنبسط فى التركة لقيام الدين وربما يهلك قبل حلول الأجل والأجل كان لمنفعة من عليه الدين فاذا أدى الى الضرر سقط ولكن لا يرجع ورثته على الذى عليه الأصيل حتى يحل الأجل لان الأجل باق فى حق الاصيل لبقاء حاجته حتى لا يطالبه الطالب بشئ فكذلك ورثة الكفيل ولو مات الاصيل قبل الاجل حلت عليه لاستغنائه عن الاجل ولم يحل علي الكفيل لبقاء حاجته الى الأجل وليس من ضرورة حلوله على الأصيل

سقوط الأجل فى حق الكفيل (ألا ترى) انه لو كان أصل المال حالا ثم اجل الكفيل فيما عليه صح وبقى المال على الاصيل حالا والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ولو كان لرجل على رجل الف درهم حالة فكفل بها رجل الى سنة فهو جائز الى ذلك الأجل وهذا تأخير عن الذى عليه الأصل قال (ألا ترى) انه لو كان عليه ذكر حق بالف درهم وفلان كفيل بها الى سنة كانت عليهما جميعا الى سنة وعن زفر رحمه الله ان المال على الأصيل حال لانه اجل الكفيل خاصة والتأجيل اسقاط للمطالبة الى غاية فاذا كان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فالتأجيل في حق الكفيل لا يمنع كون المال حالا على الأصيل ولكنا نقول انما أجل الطالب هنا أصل الدين لان الهاء فى قوله فكفل بها الى سنة كناية عن اصل المال واضافة التأجيل الى أصل المال يثبت الأجل فى حق الأصيل والكفيل جميعا حتى لو اجل الكفيل بما التزم بالكفالة يبقى المال حالا على الأصيل وهكذا يقول فى الابراء اذا اضافه الى أصل المال يكون ابراء لهما واذا اضافه الى الكفيل خاصة يكون موجبا براءة الاصيل واذا كفل له بألف درهم لفلان على أن يعطيها اياه من وديعة لفلان عنده فهو جائز لانه قبل الالتزام بمحل مخصوص وهو ان يؤديه مما فى يده وذلك صحيح فى الكفالة والحوالة جميعا فان هلكت الوديعة فلا ضمان على الكفيل لانعدام الجناية ولا فرق فى حقه بين التزام اداء الوديعة الى صاحبها أو غريم صاحبها بأمر صاحبها فاذا لم يضمن الوديعة فقد فات المحل الذى التزم فيه التسليم للطالب وقد بينا ان فوات المحل مبطل للكفالة ولو كان لرجل عند رجل الف درهم وديعة وعلى رب الوديعة ألف درهم دين وطلب من الذى عنده الوديعة التزام أداء ذمته بمحل مخصوص وهو تقييد مفيد فى حقه حتى لا يكون ضامنا فى ذمته شيئا بعد هلاك ذلك المال ثم ليس لصاحب الوديعة أن يأخذها من الكفيل لا عن حق الغريم وقد تعلق بها ولانه التزم أداء دينه منها بأمره ولا يتمكن من ذلك الا بعد كونها فى يده فاذا هلكت برئ الكفيل منها لما بينا والقول قوله فى انها هلكت لانه بقى أمينا فى العين بعد هذه الكفالة كما كان قبلها فيكون مقبول القول فى هلاكها وان اغتصبها اياه رب الوديعة أو اغتصبها اياه انسان آخر فاستهلكها برئ الكفيل لما بينا ان وجوب الأداء عليه كان مقصورا على العين مابقيت فى يده فانه ما التزم في ذمته شيئا فاذا لم تبق العين فى يده لا يكون ضامنا شيئا وكذلك لو ضمن له ألف درهم على ان يعطيها اياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها لم يكن عليه ضمان لانه التزم الاداء من محل مخصوص

وهو ثمن الدار ولا يحصل ثمن الدار في يده مالم يبع الدار وهو لم يلتزم بيعها على ذلك فلهذا لا يطالب بشئ مالم يبع الدار ويقبض الثمن ولو كفل رجل عن رجل بمال على أن يجعل له جعلا فالجعل باطل هكذا روى عن ابراهيم رحمه الله وهذا لانه رشوة والرشوة حرام فان الطالب ليس يستوجب بهذه الكفالة زيادة مال فلا يجوز ان يجب عليه عوض بمقابلته ولكن الضمان جائز اذا لم يشترط الجعل فيه وان كان الجعل مشروطا فيه فالضمان باطل أيضا لان الكفيل ملتزم والالتزام لا يكون الا برضاه (ألا ترى) انه لو كان مكرها على الكفالة لم يلزمه شئ فاذا شرط الجعل فى الكفالة فهو مارضى بالالتزام اذا لم يسلم له الجعل واذا لم يشترطه فى الكفالة فهو راض بالالتزام مطلقا فيلزمه وكفالة المرتد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله بنفس كانت أو بمال كسائر تصرفاته وكفالة المرتدة جائزة وان ماتت على الردة كسائر تصرفاتها فانها لا تقبل بخلاف الرجل وهذا فرق ظاهر في السير فان لحقت بدار الحرب وسبيت بطلت الكفالة بالنفس دون المال لانها لما لحقت وسبيت فكأنها ماتت (ألا ترى) ان مالها لورثتها وموت الكفيل يبطل الكفالة بالنفس دون المال وفي الكتاب قال هى بمنزلة أمة كفلت بنفس لان الكفالة بالنفس لما كانت لا تتحول الى المال وقد صارت هذه أمة بالاسترقاق فكأنها كفلت ابتداء وهى أمة فلا تطالب بذلك لحق مولاها وأما الكفالة بالمال فقد تحولت الى ما خلفت من المال وكان وارثها مطالبا بقضاء ذلك ولكن التعليل الاول أصح لما ذكر بعد هذا قال وان اعتقت يوما من الدهر لم تؤخذ بالكفالة بالنفس ولا بالمال وقد أبطل السبي كل كفالة وكل حق قبلها ولو كان هذا بمنزلة ابتداء الكفالة منها وهى أمة كانت تؤخذ بذلك بعد العتق فعرفنا انه لما تبدلت نفسها بالرق كان ذلك بمنزلة موتها على ما قيل الحرية حياة والرقية تلف فبطلت الكفالة بالنفس أصلا وتحول المال الى مال ولا يعود شئ من ذلك اليها بعد العتق ولو كفل مسلم بنفس مرتد فى دين عليه فلحق بدار الحرب أو ارتد بعد الكفالة ولحق كان الكفيل على كفالته وقد بينا هذا الفصل بفروعه فى أول الكتاب فان كانت امرأة فسبيت بطلت الكفالة عنها بالنفس دون المال لانها حين سبيت فقد سقطت عنها المطالبة بالحضور فيسقط عن الكفيل ما التزم من الاحضار * توضيحه انها لما تبدلت نفسها بالاسترقاق فكأنها ماتت وموت المكفول عنه بنفسه يبطل الكفالة ولكن الكفيل مأخوذ بقضاء ذلك الدين فاذا اداه رجع به فيما تركت فى دار الاسلام لانه دين مؤجل كان له عليها بمنزلة سائر ديونها فان

لم يكن شئ تركت وأدى الكفيل ذلك ثم ان عتقت يوما لم يتبعها من ذلك بشئ لان السبي أبطل عنها كل دين فان نفس المسبي تتبدل بالاسترقاق من صفة المالكية الى المملوكية والدين لا يجب على المملوك الا شاغلا ماليته وهذا الدين حين وجب لم يكن شاغلا لشئ سوى الذمة وقد تعذر ابقاؤه بتلك الصفة فلهذا سقط عنها وكذلك الذمى والذمية اذا انقضى العهد ولحقا بالدار وقد كفل رجل عنهما بنفس أو مال فان الكفيل يؤخذ بذلك فان ماتا أو سبيا بطلت الكفالة بالنفس دون المال فان أداه ثم عتقا لم يرجع عليهما به لما بينا فى المرتدة ولا تجوز كفالة المرتد عن الذمى بالخمر والخنزير لان حكم الاسلام باق فى حق المرتد فانه مجبر على العود الى الاسلام غير مقر على ما اعتقده فكما لا تجوز كفالة المرتد بالخمر فكذلك كفالة المرتد وعلى هذا لو استهلك المرتد خمر الذمى كان عليه قيمتها كما لو استهلكها مسلم فان كفل بها عنه مسلم جاز لان القيمة الواجبة عليه دراهم أو دنانير ولو كفل مسلم لمرتد بنفس أو مال ثم لحق المرتد بدار الحرب كان ورثته على حقه من الكفالة لانهم يخلفونه فى حقوقه بعد لحاقه كما يخلفونه فى املاكه فان رجع ثانيا كان له ان يأخذ الكفيل بالنفس والمال لان ما كان قائما من حقوقه يعود اليه اذا رجع ثانيا بمنزلة ماهو قائم من املاكه وان كان ورثته قد استوفوا بقضاء القاضى فالكفيل من ذلك برىء بمنزلة ماهلك من ماله وهذا لان الاداء الى وارثه بقضاء القاضى بمنزلة الاداء اليه فيبرأ الكفيل به وكفالة المستأمن والكفالة له بمال أو نفس جائزة لانه من المعاملات وانما دخل دارنا بامان ليعاملنا ففى المعاملات يستوى بنا فان لحق بداره ثم خرج مستأمنا فالكفالة بحالها لانه باللحاق صار من أهل دار الحرب حقيقة بعد ان كان من أهلها حكما فهو قياس ما بينا فى المرتد وان أسر بطلت الكفالة فيما له لان نفسه قد تبدلت بالاسر وذلك مبطل لحقوقه ولم يخلفه ورثته فى ذلك بخلاف المرتدة على ما بينا فاما فيما عليه فتبطل الكفالة بالنفس لتبدل نفسه بالاسر كما فى المرتدة وبالمال كذلك هنا لان فى المرتدة المال يتحول الى ما خلفت وليس هنا محل هو خلف عنه فلهذا بطلت الكفالة بالمال أيضا ومكاتب الحربى اذا كان مستأمنا في دار الاسلام وعبده بمنزلة عبيد أهل الذمة ومكاتبيهم في جميع ذلك لان فى المعاملات هم بسبب عقد الضمان يكونون بمنزلة أهل الذمة فكذلك عبيدهم ومكاتبوهم والله أعلم بالصواب

باب كفالة الرهط بعضهم عن بعض

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه ثلاثة نفر وبعضهم كفيل عن بعض وكلهم ضامنون ذلك فهو جائز لان كل واحد منهم كفيل عن الاصل بجميع المال وذلك جائز فان الكفالة للتوثق بالحق وهو يحتمل التعدد ثم كفل كل واحد منهم عن الآخرين بما لزمهما بالكفالة والكفالة عن الكفيل صحيحة لان الكفيل مطلوب بما التزمه وشرط صحة الكفالة أن يكون المكفول عنه مطلوبا بما التزمه الكفيل لان موجب الكفالة التزام المطالبة بما على الأصيل فان أدى أحد الكفلاء المال كان له أن يرجع على الاصيل بالمال كله ان شاء لانه أدى ما تحمل عنه بأمره وان شاء رجع على شريكيه فان الكفالة بثلثي المال لانهم في حكم الالتزام بهذه الكفالة سواء فينبغي أن يستووا في الغرم وان شاء أخذ أحدهما بالنصف لانه اذا لقي أحدهما قال له أنا وأنت في غرم الكفالة سواء لانا جميعا كفيلان عن الاصيل وعن الثالث أيضا فهات نصف ما أديت لنستوي في الغرم ثم اذا رجع عليه بالنصف رجعا على الثالث اذا لقياه بثلث المال فيأخذان ذلك نصفين ليستوي هو بهما في عدم الكفالة ثم يرجعون على الاصيل بالمال كله لانهم كفلوا عنه بأمره وأدوه ولو كان ثلاثة نفر عليهم ألف درهم وبعضهم كفيل عن بعض فأدى المال أحدهم فان للمؤدي ان يرجع على كل واحد من الآخرين بالثلث ان شاء لان كل واحد منهم أصيل في ثلث المال والمؤدي قد كفل عن كل واحد منهما في ذلك الثلث بأمره وان شاء رجع على أحدهما بالنصف أما الثلث فلانه كفل عنه وأدى وأما السدس فلان المؤدي مع الذي لقيه كفيلان عن الثالث بما عليه وهو الثلث فينبغي أن يكون غرم هذه الكفالة عليهما على السواء فيرجع عليه بنصف هذا الثلث لتتحقق المساواة بينهما في الغرم ثم يرجعان على الثالث اذا لقياه بالثلث فيأخذان ذلك بينهما نصفين وفي الكتاب ذكر عن عبد الله بن الجلاب انه باع قوما غنما على ان يأخذ أيهم شاء بحقه فأبى شريح رحمه الله ذلك وقال اختر أملاهم فخذه حتى تستوفي منه حقك وانما أوردنا هذا لنبين انه يجوز ان يكون المال عليهم ويكون بعضهم كفيلا عن بعض بما على كل واحد منهم لما في هذا من زيادة التوثق لحق صاحب الحق فان بدون هذه الكفالة لم يكن له ان يطالب كل واحد منهم الا بما عليه وهو الثلث وبعد هذه الكفالة له أن يطالب أيهم شاء بجميع المال مع بقاء حقه في المطالبة الاصلية وهو ان يطالب كل واحد منهم بالثلث ولا فرق في هذا الحكم بين

ان يشترط ان يأخذ أيهم شاء بحقه كما ذكر في الحديث وبين ان يشترط ان بعضهم كفيل عن بعض بالمال أو لم يقل بالمال لان ذلك معلوم بدلالة الكلام وان كان قال مليئهم على معدمهم أو حيهم على ميتهم فليس هذا بشيء ولا يطالب كل واحد منهم الا بثلث المال لان هذه كفالة بالمجهول على المجهول ولا يدرى من يفلس منهم ليكون الملئ كفيلا عنه ولا من يموت منهم ليكون الحي كفيلا عنه فان حرف على في هذه المسائل بمعنى عن كقوله تعالى اذا اكتالوا على الناس يستوفون أي عن الناس وكفالة المجهول باطلة واذا كان لرجل على أربعة نفر ألف درهم ومائتا درهم وكل اثنين منهم كفيلان عن اثنين بجميع المال فان للطالب أن يأخذ أي اثنين منهم بجميع المال ان شاء وان يأخذ الواحد منهم بسبعمائة وخمسين درهما أما أخذه اثنين منهم بجميع المال فظاهر لان الكفالة كانت على هذه الصفة ان كل اثنين كفيلان بجميع المال عن الآخر فاى اثنين منهم شاء فهما كفيلان بجميع المال وأما اذا أخذ الواحد منهم ففي ربع المال وهو ثلاثمائة هو أصيل فيطالبه بذلك وفي الباقي وهو تسعمائة هو مع واحد من الآخرين كفيل لان الشرط في الكفالة كان هكذا وانما يكون هو مطالبا بالكل اذا التزم الكل بالكفالة فاما اذا التزم الكل بالكفالة مع آخر لم يكن هو مطالبا الا بالنصف وذلك أربعمائة وخمسون فاذا ضممت ذلك الى ثلثمائة يكون سبعمائة وخمسين فلهذا يأخذ الواحد بهذا المقدار فاذا أدى أحدهم نصف المال ستمائة ففي هذا النصف هو مؤد عن نفسه فلا يرجع على أحد بشيء منه وفي النصف الآخر وهو ثلثمائة هو مؤد عن شركائه بحكم الكفالة عنهم بأمرهم فان شاء رجع عليهم جميعا وان لقي أحدهم رجع عليه بمائتي درهم لان ثلث هذه الثلثمائة وهو مائة اداها عنه فيرجع هو بها عليه بقي مائتا درهم وهو مع هذا الذي لقيه كفيلان عن الآخرين بهما فيرجع عليه بمائة أخرى ليستويا في غرم الكفالة عن الآخرين فلهذا رجع عليه بمائتين وان لقيا آخر كان لكل واحد منهما ان يرجع بستة وستين درهما وثلثين اما ليستووا في غرم المائتين أولان كل واحد منهما مؤد عنه خمسين فيرجع بذلك عليه بقي مائة أخرى هما مع هذا الثالث كفيلان بذلك عن الرابع وقد أديا فيرجعان عليه بثلث ذلك وهو ثلاثة وثلث كل واحد منهما بستة عشر وثلثين فصار حاصل ما يرجع به كل واحد منهما عليه ستة وستين وثلثين فان لقوا الرابع بعد ذلك رجع كل واحد منهم عليه بثلاثة وثلاثين درهما وثلث درهم لانهم أدوا عن الرابع قدر المائة فيرجع كل واحد منهما بثلثها ولو كان أدى

النصف ولقي أحدهم فاخذ منه مائتي درهم ثم لقي صاحب المائتين أحد الباقين فانه يأخذ منه خمسة وسبعين درهما لانه يقول له انما أديت المائة عن نفسي ومائة أخرى عنك وعن الرابع فانما أديت نصفها عنك والنصف الآخر الذى اديته عن الرابع انت معي فيه في الكفالة بذلك على السواء فأرجع عليك بنصف ذلك أيضا فلهذا يأخذ منه خمسة وسبعين فان لقي الاول الثالث أيضا أخذه باثنين وستين درهما ونصف لانه يقول له قد أديت عنك وعن الرابع مائة فارجع عليك بنصف ذلك وذلك خمسون لانى أديتها عنك وأما الخمسون التى أديتها عن الرابع فنصف ذلك قد أخذه منك الثانى وهو خمسة وعشرون فرجوعنا بذلك عليه بقى خمسة وعشرون فارجع عليك بنصف ذلك وهو اثناعشر ونصف لنستوى فى غرم الكفالة عن الرابع فصار حاصل مايرجع عليه باثنين وستين درهما ونصف درهم فان لقيهما الاوسط رجعا عليه بثمانية وثلث بينهما نصفين ليستووا فى الغرم فى حق الخمسين التى كفلوا بها عن الرابع فان لقوا الآخر بعد ذلك أخذوه بمائة درهم لانهم فى الحاصل كفلاء عنه بالمائة وقد أدوا فيأخذون ذلك منه ويقتسمونه أثلاثا لان حاصل ماغرم كل واحد منهم عنه بعد هذه المراجعات ثلاثة وثلاثون وثلث ولو كان الذى أدى النصف لقي الذى قبض الخمسة والسبعين فانه يأخذ منه نصفها لانا كنا قد التقينا مرة واستوينا فى غرم الكفالة وقد بلغنى انه وصل اليه شئ من الثالث فلا بد من ان يعطيني نصف ذلك لنستوى فى الغنم كما استوينا فى الغرم فاذا أخذ منه نصفها ثم لقيا الذى أدى الخمسة والسبعين رجعا عليه بثمانية وخمسين وثلث بينهما نصفان لانا قد بينا أنهما لو لقياه معا رجع كل واحد منهما عليه بستة وستين وثلثين فيكون جملة ما يرجعان به مائة وثلاثة وثلاثين وثلثا والآن قد استوفينا منه مرة خمسة وسبعين فيرجعان بما بقى الى تمام مائة وثلاثة وثلاثين وثلث وذلك ثمانية وخمسون وثلث يأخذان ذلك بينهما نصفين ثم اذا لقوا الرابع اتبعوه بمائة كل واحد منهم بثلاثة وثلاثين وثلث لما بينا ولو كان لرجل على ثلاثة رهط ألف ومائتا درهم وبعضهم كفلاء عن بعض ضامنون لها فأدى أحدهم المال رجع على كل واحد من شريكيه بثلث ماأدى لانه فى مقدار الثلث مؤد عن نفسه وفى الثلثين هو مؤد عن شريكيه بكفالته عنهما بأمرهما فيرجع بذلك عليهما فان لقي أحدهما ورجع عليه بالثلث لادائه مايحمله عنه وبنصف الثلث الآخر أيضا لانهما يستويان فى الكفالة عن الثالث بهذا الثلث فيرجع عليه بنصفه ليستويا فى غرم الكفالة

فان لقي أحدهم الغائب بعد ذلك وأخذ منه شيئا كان لصاحبه اذا لقيه أن يأخذ منه نصف ذلك بالمعنى الذى قلنا وهو انهما حين التقيا قد استويا فى غرم الكفالة عن الثالث فينبغى ان يستويا فى الغنم أيضا والذي أخذه أحدهما من الثالث غنم بسبب تلك الكفالة فيرجع عليه بنصفه ليستويا فى الغنم أو لتبقى المساواة بينهما فى الغرم كما هو موجب الكفالة واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه رجل ثم ان آخر كفل بها عن الأصيل أيضا فهو جائز يأخذ الطالب أيهما شاء بجميع المال لان كل واحد منهما التزم جميع المال بالكفالة عن الاصيل بعقد على حدة وذلك صحيح فان أصل الدين باق على الأصيل بعد الكفالة الأولى كما كان قبلها فان أخذ أحد الكفيلين فأداه لم يرجع على الآخر بشيء لانه ما كفل عنه بشيء وانما كفل عن الأصيل بعقد باشره وحده فيكون رجوعه عليه ان كان كفل بأمره ولا يرجع على الكفيل الآخر بشيء وان لم يؤد واحد منهما شيئا حتى قال الكفيلان للطالب كل واحد منا كفيل عن صاحبه ضامن لهذا المال ثم أدى أحدهما المال فله ان يرجع على صاحبه بالنصف لانهما بالعقد الثانى جعلا أنفسهما فى غرم الكفالة سواء فان كل واحد منهما كفيل بالمال عن الاصيل وقد كفل عن صاحبه أيضا بأمر صاحبه فاذا ثبتت المساواة بينهما فى الكفالة فينبغى أن يستويا فى الغرم أيضا وذلك فى أن يرجع على الآخر بنصف ما أدى ثم يرجعان على الأصيل بجميع المال واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه بأمره رجل ثم ان الطالب أخذ الكفيل بها فاعطاه كفيلا آخر بها ثم أداها الآخر الى الطالب لم يرجع بها على الأصيل لانه ما تحمل بها عن الأصيل ولا أمره الاصيل بهذه الكفالة وثبوت حق الرجوع للكفيل عند الاداء بسبب الاصيل بالكفالة فانما يرجع على من أمره به وهو الكفيل الاول ثم الكفيل الأول يرجع على الأصيل لان اداء كفيله بأمره بمنزلة ادائه بنفسه ولانه قد أسقط عن الاصيل مطالبة الطالب بهذا المال بما أداه من مال نفسه الى الكفيل الآخر فكأنه أسقط ذلك بأدائه الى الطالب وان كان كفل عن الذى عليه الأصل رجلان ولم يقل كل واحد منهما كفلت عن صاحبي فان الطالب يطالب كل واحد منهما بالنصف لانهما التزما المال بعقد واحد فيكون كل واحد منهما ملتزما للنصف كالمشتريين أو المقرين لرجل عليهما بالمال وأيهما أدى النصف لم يرجع على صاحبه بشيء لانه ما التزم عن صاحبه شيئا انما التزم عن الاصيل فيكون رجوعه عليه ان كان كفل عنه بأمره فان لم يؤديا شيئا حتى قالا للطالب

أينا شئت أخذت بهذا المال أو كل واحد منا كفيل ضامن بها فله أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال لان هذه الزيادة الحقتها بالكفالة الأولى وقد صحت منهما فصارت كالمذكور فى أصل الكفالة الاولى أخذ أيهما شاء بجميع المال وان اداه أحدهما رجع على صاحبه بالنصف ليستويا في غرم الكفالة كما استويا في كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فان لقى الطالب أحدهما فاشترط ذلك عليه مثل ذلك بأمر صاحبه فهو سواء لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه وعن الاصيل ولا فرق بين أن يكون كفالة كل واحد منهما عن الاصيل ولو كتب ذكر حق على رجل بألف درهم وفلان وفلان كفيلان بهما وأيهما شاء أخذ بها وأقر المطلوب والكفيلان بذلك فهو جائز لان اضافتهما الاقرار الى المكتوب فى ذكر الحق بمنزلة تصريحهما بالمكتوب فان أدى أحد الكفيلين المال رجع على الذى عليه الاصل بجميع المال ان شاء وان شاء رجع على الكفيل الآخر بنصفه ثم يرجعان على الاصيل بجميع المال لان اقرار كل واحد منهم بالمكتوب فى الصك بمنزلة أمر الاصيل لهما بالكفالة عنه وأمر كل واحد منهما لصاحبه بالكفالة عنه فثبتت المساواة بينهما فى الكفالة بهذا الطريق واذا كان لرجل على عشرة رهط ألف درهم وجعل كل أربعة كفلاء عن اربعة بجميع المال فهو جائز لما قلنا وله أن يأخذ أى أربعة شاء بالمال كله لانهم هكذا التزموا بالكفالة فان أخذ واحدا منهم رجع بثمانمائة وخمسة وعشرين لانه فى المائة أصيل وفى الباقى وهو سبعمائة هو مع ثلاثة نفر كفيل عن الباقين فعليه ربع ذلك وذلك مائتان وخمسة وعشرون وان أخذ اثنين أحدهما بستمائة لانهما فى المائتين أصيلان وفى الباقى وهو ثمانمائة هما مع آخرين كفيلان عن الباقين فعليهما النصف وهو أربعمائة وان أخذ ثلاثة منهم أخذهم بثمانمائة وخمسة وعشرين أما مقدار ثلثمائة فبحكم الاصالة فان كل واحد منهما أصيل فى مائة والباقى وهو سبعمائة هم مع آخر كفلاء بذلك عن الباقين فعليهم ثلاثة ارباع ذلك وهو خمسمائة وخمسة وعشرون فان أخذ واحدا منهم فأدى ربع الالف فان مائة منها حصته لانه أصيل فيها والاصيل فيما يؤدى عن نفسه لا يرجع على أحد وفى مائة وخمسين هو مؤد عن أصحابه حصة كل واحد منهم من ذلك التسع فان لقيهم جميعا رجع على كل واحد منهم بقدر ذلك من تسعمائة وخمسين ستة عشر وثلثان وان لقى أحدهم رجع أحدهم بستة عشر وثلثين لانه أدى عنه هذا القدر ويرجع عليه بنصف ما بقى والباقى مائة وثلاثة وثلاثون وثلث نصفه ستة وستون وثلثان يرجع عليه بذلك ليستويا فى غرم الكفالة

فانهما مستويان فى الكفالة عن الباقين فينبغى أن يستويا فى الغرم بسببه أيضا فاذا أدى ذلك اليه ثم لقي الآخر منهما أحد الباقين أخذه بنصف تسع الخمسين والمائة لانه مع الأول قد أديا عنه التسع فنصفه من ذلك نصف التسع فيرجع عليه أيضا بنصف ثلاثة اتساع ونصف لانه مع هذا الذى لقيه مستويان فى الكفالة فينبغى أن يستويا فى الغرم عن السبعة الباقين وهذا قد أدى عنهم ثلاثة اتساع ونصفا فيرجع عليه بنصف ذلك ليستويا فى غرم الكفالة فان لقي الأول الاوسط بعد ماقبض هذا رجع عليه بنصف ما أخذه كله للمعنى الذي بينا انهما حين التقيا استويا فى غرم الكفالة ثم وصل الى أحدهما بعد ذلك شيء وأخذ الآخر منه نصفه ليستويا فى الغنم أيضا فان لقيا الآخر بعد ذلك وهو الثالث رجعا عليه بتمام ثلاثة اتساع وثلث تسع حصته من ذلك التسع لانهما تحملاه عنه وتسعان وثلث للمساواة فى غرم الكفالة لانهم مع آخر كفلاء عن الباقين فينبغى أن يستويا فى غرم الكفالة (ألا ترى) انهما لو لقيا الثالث معا كان رجوعهما عليه بتمام ثلاثة اتساع وثلث تسع فكذلك اذا أخذ أحدهما منه بعض ذلك ثم لقياه رجعا عليه بذلك واذا كان لرجل على ثلاثة رهط ألف درهم وبعضهم كفلاء عن بعض بها فأدى أحدهم مائة درهم لم يرجع على صاحبه بشيء لانه في قدر ثلث المال أصيل فما يؤديه يكون أصيلا فيه فلا يرجع على أحد بشيء اذا كان المؤدى بقدر الثلث أودونه وان قال انما أديت هذا عن صاحبي أو عن أحدهما لم يكن له ذلك على وجهين أحدهما ان فيما هو أصيل المال ثابت فى ذمته وفيما هو كفيل هو مطالب بما فى ذمته غيره من المال والمؤدى ماله فيكون ايقاعه من المال الذى عليه ليسقط عنه به أصل المال أولى لان هذا الطريق أقصر فانه اذا جعل المؤدى من غيره احتاج الى الرجوع واذا جعل مؤديا عن نفسه لا يحتاج الى الرجوع على أحد ولانه ان جعل المؤدى عن صاحبيه كان لهما ان يقولا أداؤه بالكفالة بأمرنا بمنزلة أدائنا ولو أدينا كان لنا أن نجعل المؤدى عنك فلا يزال يدور هكذا فلهذا جعلناه الى تمام الثلث مؤديا عن نفسه وهذا بخلاف مااذا كاتب عبيدا له على ألف درهم على ان كل واحد منهم كفيل ضامن عن الآخرين ثم أدى أحدهم شيئا لا يكون المؤدى عن نفسه خاصة بل يكون عنهم جميعا لان هناك لو جعلنا المؤدى عن المؤدى خاصة لكان يعتق اذا أدى مقدار نصيبه ببراءة ذمته عما عليه من البدل والمولى مارضى بعتق واحد منهم الا بعد وصول جميع المال اليه ففى جعله عن نفسه يعتبر شرط مذكور فى العقد نصا وذلك لا يجوز فلهذا جعلنا

المؤدى من نصيبهم ولا يوجد مثل ذلك هنا وهذا أيضا بخلاف ما اذا كان المال على واحد فكفل به ثلاثة على ان بعضهم كفلاء عن بعض ثم أدى أحدهم شيئا كان له ان يرجع على صاحبيه بثلثي ما أدى وان شاء رجع على أحدهما بنصف ماأدى لان هناك أصل المال على غيرهم وهم يلتزمونه بالكفالة فكان حالهم فى ذلك على السواء ولو رجع على شريكيه بثلثي ماأدى لم يؤد ذلك الي الدور لانهما لا يرجعان فى ذلك عليه بشيء من ذلك بخلاف مانحن فيه على ماقدرنا فان أدى زيادة على الثلث كانت الزيادة على صاحبيه نصفين لانه فى الزيادة على الثلث مؤد بحكم الكفالة وهو كفيل عنهما ولو رجع بذلك عليهما لم يكن لهما ان يرجعا عليه بشيء لفراغ ذمته عما عليه بأدائه وان أراد ان يجعل الزيادة عن أحدهما دون صاحبه لم يكن له ذلك لان المال واحد وهو دين فى الذمة لا يتحقق فيه التمييز فتلغو نيته عن أحدهما فان لقي أحدهما أخذه بنصيبه من الزيادة وهو النصف لانه أدى عنه ذلك وبنصف ماأدى عن الآخر أيضا لانه مع هذا الذى لقيه كفيل عن الآخر بما عليه فينبغي ان يستويا فى غرم الكفالة وذلك فى ان يرجع عليه بنصف ما أدى عن الآخر واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه رجلان على ان يأخذ الطالب أيهما شاء فأدى أحدهما مائة فقال هذه من حصة صاحبي الكفيل معي لم يكن على ماقال ولكنها من جميع المال يرجع على صاحبه بنصفها لان بهذا اللفظ يصير كل واحد منهما مطالبا بجميع المال ويصير كل واحد منهما ضامنا للاصيل عن صاحبه فاذا جعل المؤدى ماأدى عن صاحبه كان لصاحبه ان يجعل ذلك عنه فيؤدى الي الدور ولكن الوجه فيه انهما لما استويا فى الغرم وذلك فى ان يرجع على صاحبه بنصفها وان شاء على الاصيل بجميعها واذا كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فلزم أحدهما فاعطاه بها كفيلا ثم أداها الكفيل فله أن يرجع بها على الذى أمره بالكفالة خاصة لان الذى أمره بالكفالة مستقرض لذمته ابتداء بالتزام المطالبة فيها ولما له باداء ما التزم وثبوت حق الرجوع للمقرض على المستقرض لا على غيره والغريم الذي لم يأمره بالكفالة لم يستقرض منه شيئا ففى حقه يجعل كانه لم يأمره أحد بالكفالة فلهذا لا يرجع المؤدى عليه ولكن اذا رجع على الذي أمره بالكفالة فاخذها منه كان للآمران يرجع على صاحبه بالنصف لانه صار مؤديا المال بطريق الاستقراض الذى قلنا وقد تم ذلك بأدائه ما استقرض وهو فى النصف كان كفيلا بأمره فيرجع عليه بعد الاداء كما لو كان أدى بنفسه الي الطالب وان كانا طلبا اليه

أن يكفل بها عنهما ففعل ولم يشترط عليه ان بعضهم كفلاء عن بعض فأداها الكفيل عنهما رجع على كل واحد منهما بالنصف لانه لما التزم بالكفالة المال عنهما جملة كان كفيلا عن كل واحد منهما بنصف المال كما هو قصد مطلق الاضافة الى اثنين وعند الأداء انما يرجع كل واحد منهما بما كفل عنه ولان كل واحد منهما في النصف أصيل وكفالته عنه انما تكون فيما هو أصيل فيه ولو كان في الشرط حين كفلوا بعضهم كفلاء عن بعض فأدى الآخر الالف فان شاء رجع على كل واحد منهما بنصف ما أدى اذا لقياهما وان شاء رجع على أحدهما اذا لقيه بثلاثة ارباع ما أدى أما النصف فلأنه كفل به عن هذا الذى لقيه وأداه فيرجع به عليه وأما النصف الآخر فلأن المؤدي مع الذى لقيه كفيلان به عن الآخر اذ هو موجب الشرط المذكور في قوله على ان بعضهم كفلاء عن البعض فينبغي أن يستويا في الغرم بسبب هذه الكفالة وذلك في أن يرجع بنصف ذلك ثم اذا لقيا الثالث رجعا عليه بنصف المال لانهما أديا ذلك عنه بكفالة تلزمه فيكون ذلك بينهما نصفين واذا كان لرجل على رجل ألف درهم وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه بها فأخذ الطالب أحدهما فأعطاه كفيلا بالمال كله ثم أخذ الآخر فأعطاه ذلك الكفيل بالمال ثم أدى الكفيل المال فله أن يرجع على أيهما شاء بالالف كلها لان كل واحد منهما كان مطلوبا بجميع المال والكفيل كفيل عن كل واحد منهما بجميع المال بعقد على حدة فعند الاداء كان حق البيان اليه يجعل اداؤه عن أيهما شاء فيرجع عليه بالكل وهو نظير مالو كان لرجل على رجل الف درهم في صك وبه رهن وألف في صك آخر وبه رهن آخر فأدى ألف درهم كان له أن يجعل ذلك عن أى الصكين شاء فيسترد ذلك الرهن فكذلك اذا أدى الكفيل هنا (ألا ترى) أنه بعد كفالته عنه لو أدى كان له أن يرجع بالكل عليه فلا يتغير ذلك الحكم بالكفالة عن الثانى ولكن يثبت في حق الثانى ما هو ثابت في حق الأول لاستوائهما في المعنى فان لم يؤد شيئا حتى لزمهم الطالب فجعل بعضهم كفلاء عن بعض ثم أداها الكفيل ثم أخذ أحدهما رجع عليه بثلاثة ارباع المال لان هذه الكفالة الاخيرة تنقض ما كان قبلها لان التى كانت قبلها في عقدين مختلفين والكفيل كفيل عن كل واحد منهما بالكل وهذا الثانى عقد واحد وكل واحد منهم فيه كفيل مع صاحبه عن الآخر فاقدامهم على العقد الثانى يكون نقضا منهم لما كان قبله وتمام ذلك العقد كان بهم واليهم نقضه أيضا بمنزلة مالو باعه شيئا بالف درهم ثم جدد بيعا بالفين

ينتقض البيع الأول بالبيع الثاني فاذا ثبت هذا صارت هذه المسئلة نحالها والمسئلة الاولى سواء لان الكفيل الآخر يرجع على أحدهما بنصف ما أدى لكفالته عنه وبنصف النصف الآخر لانهما مستويان في الكفالة عن الثالث بهذا النصف واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه رجلان على ان بعضهم كفيل عن بعض ثم ان الطالب لزم أحد الكفيلين فأعطاه كفيلا بالمال ثم لزم الآخر فاعطاه هذا أيضا كفيلا بالمال ثم أدى الكفيل الآخر فانه يرجع به على أيهما شاء لان الكفالة عن الكفيلين بمنزلة الكفالة عن الاصيلين وهنا كل واحد من الكفيلين مطالب بجميع المال وقد بينا ان هنالك لتفرق العقد في كفالته عنهما له أن يرجع على أيهما شاء بجميع المال فهذا مثله وليس له أن يرجع على الاصيل بشيء لانه ما أمره بالكفالة عنه ولا يقال أصل المال على الاصيل حتى لو برئ هو برئ الكفيل الآخر وهذا لان الرجوع عليه عند الاداء ليس باعتبار أن أصل المال عليه بل بأمره اياه بالكفالة فاذا لم يأمره بالكفالة لم يكن له حق الرجوع عليه بشيء ولو لم يؤد شيئا حتى أخذ الطالب الكفلاء فجعل بعضهم كفيلا عن بعض ثم أدى الآخر المال كان له أن يرجع على أحد الكفيلين بثلاثة أرباع المال لما بينا أن هذه الكفالة تنقض الكفالة الاولى فيكون الحكم لهذه فان قيل هذه الكفالة ينبغي لاحدهما أن يكون رجوعه على الآخر بنصف ما أدي لان واحدا من الثلاثة ليس بأصيل بالمال فيكون بمنزلة مالو كفل ثلاثة نفر عن الاصيل على ان بعضهم كفلاء عن بعض قلنا هذا ان لو صار الآخر كفيلا عن الاصيل مع الاولين بمنزلة مالو كفلوا عنه في الابتداء ولم يصر كذلك هنا بل بقي كفيلا عن الاولين وانما انتقض حكم الكفالة الاولى فيما بينهما وبين الكفيل الآخر لانه قبل هذا كان كفيلا عن واحد منهما بجميع المال وحده والآن صار كفيلا عن كل واحد منهما بالنصف وهو مع صاحبه في الكفالة عن الآخر بالنصف سواء فلهذا كان رجوعه عليه بثلاثة أرباع ما أدى ولو لم يؤد حتى لقي الكفلاء الثلاثة والذي عليه الاصل فجعل بعضهم كفلاء عن بعض بالمال ثم أدى الكفيل الآخر المال فانه يرجع على صاحبه بالثلثين وان لقي أحدهما رجع عليه بالنصف لان بهذه الكفالة انتقض ما كان قبلها في حق الكل وقد صار الكفيل الاول والآخر كفيلين عن الاصيل بهذه الكفالة كالاولين فكان هذا بمنزلة مالو كفل عنه ثلاثة في الابتداء على أن بعضهم كفلاء عن بعض فهنالك اذا أدى أحدهم رجع على صاحبيه بثلثي ما أدى وان لقي أحدهما رجع عليه بنصف

ماأدى فكذلك هنا وكذلك لو أدى المال أحد الكفيلين الاولين رجع على كل واحد منهما بالثلث وعلى أحدهما ان لقيه بالنصف لان الاولين والآخر فى هذه الكفالة التى هى ثابتة بينهم الآن سواء وانما كان الاختلاف بينهم فى الكفالة المتقدمة وتلك قدانتقضت واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بهاعنه ثلاثة رهط وبعضهم كفلاء عن بعض بجميع الالف فأدى أحد الكفلاء المال ثم لقى أحدهم فأخذ منه نصف ماأدى ثم ان الاول لقى الذى لم يؤد شيئا وأخذ منه خمسين ومائتين فانهما يؤديان الى الاوسط مائة وستة وستين وثلثين لانهم فى غرم الكفالة سواء فينبغى ان يكون الغرم على كل واحد منهم بقدر ثلث الالف والاوسط قد غرم خمسمائة فيرد عليه مائة وستة وستين وثلثين حتى يبقى عليه غرم ثلث الالف ولم يتبين كيفية ادائهما هذا المقدار وهو الالف وانما يؤديان نصفين كل واحد منهما ثلاثة وثمانين وثلثا لان الآخر قد غرم مائتين وخمسين للاول فيدفع الى الاوسط ثلاثة وثمانين وثلثا حتى يكون الغرم عليه بقدر ثلث الالف والاول قد أوصل اليه سبعمائة وخمسين فيدفع الى الاوسط ثلاثة وثمانين وثلثا حتى يبقى العائد اليه ثلثا ما أدى ويكون الغرم عليه بقدر ثلث الالف فاذا فعلوا ذلك رجعوا جميعا على الاصيل بالالف بينهم أثلاثا واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها رجل ثم ان الكفيل طلب الرجل فضمنها عنه للطالب ثم ان الطالب أخذهم جميعا حتى جعل بعضهم كفلاء عن بعض ثم ان الكفيل الاول أدى المال فانه يرجع على الكفيل الآخر بنصف المال لان الكفالة الاخيرة نقضت الكفالة الأولى فان موجب الكفالة الاولى الاخير كفيل عن الكفيل الأول دون الأصيل وهو فى الكفالة الثانية يصير كفيلا عن الاصيل وعن الكفيل الأول وكذلك موجب الكفالة الاولى ان الكفيل الاول لا يكون كفيلا عن الآخر وفى هذه الكفالة الاخيرة الكفيل الاول يصير كفيلا عن الاخير واذا انتقضت الكفالة الاولى كان الحكم للاخيرة وهما فيها مستويان فى الكفالة عن الاصيل فيرجع المؤدى على صاحبه بنصف ماأدى ليستويا فى الغرم بسبب الكفالة ولو كان لرجل على رجلين الف درهم وكل واحد منهما ضامن بذلك ثم اعطاه أحدهما كفيلا بالمال ثم أخذ الآخر فاعطاه أيضا ذلك الكفيل كفيلا بالمال ثم أدى الكفيل الالف رجع بها على أيهما شاء لانه كفل كل واحد منهما بجميع المال بعقد على حدة وان لم يؤد شيئا حتى أخذهم الطالب فجعل بعضهم كفلاء عن بعض بالمال ثم ان الكفيل أدى الالف فانه يرجع على أيهما شاء بثلاثة

ارباع الالف لان هذه الكفالة الاخيرة تنقض الكفالة الاولي وفى هذه الكفالة الاخيرة الكفيل يصير متحملا عن كل واحد منهما نصف المال ويكون هو مع الآخر فى الكفالة عن الثالث بنصف المال سواء فلهذا رجع عند الاداء على أحدهما بثلاثة أرباع الالف فان لقي الآخر بعد ذلك فأخذ منه مائتين وخمسين كان للذى أدى الثلاثة الارباع ان يرجع عليه بنصف ما أخذ من هذا الآخر لانهما قد كانا استويا فى غرم الكفالة مع الآخر فينبغى ان يستويا فى الغنم وهو المأخوذ من الباقى وانما تتحقق المساواة فى ان يؤدي اليه نصف ذلك ولو لم يؤد الكفيل شيئا ولكن أدى أحد الاولين المال فله ان يرجع على الكفيل بمائتين وخمسين لانه فى نصف المال أصيل مؤد عن نفسه فلا يرجع به على أحد وفى النصف الآخر هو مع الكفيل فى الكفالة عن الثالث فيرجع عليه بنصف ذلك ليستويا فى غرم الكفالة فان لقي الاول صاحبه الذي كان معه فى الالف فأخذ منه مائتين وخمسين أخرى رد على الكفيل نصفها ليستويا فى الغنم ثم يتبع هو الكفيل الآخر الاول بمائتين وخمسين اخرى ويقتسمان ذلك نصفين واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه رجلان أحدهما مكاتب أو عبد فانه يجوز على الحر وحده النصف لانهما لما كفلا جميعا عنه بالمال فقد صار كل واحد منهما كفيلا بالنصف وكفالة المكاتب والعبد غير صحيحة فى حال الرق كما لو تفرد بها فتبقى كفالته فى نصيبه وهو النصف ولا يقال لما لم تتحقق المزاحمة فينبغى ان يجعل الحر كفيلا بجميع المال لانا نقول المزاحمة في أصل الكفالة متحققة فان كفالة العبد والمكاتب صحيحة في حق أنفسهما حتى يطالبان بذلك بعد العتق وانما لا يصح فى حق المولي فلهذا كان على الحر نصف المال وعلى العبد والمكاتب النصف بعد العتق ولو كان اشترط أن كل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه فعتق العبد وأدى المال كله كان له ان يرجع على الحر بالنصف ثم يتبعان الذى عليه الاصل فما أدى الى واحد منهما شركه فيه الآخر لان العبد حين عتق فقد سقط حق المولى والمانع من كفالته قيام حق المولى فى ماليته فاذا سقط ذلك كان هذا بمنزلة الكفالة من حرين عن ثالث بهذه الصفة ولو ان ثلاثة نفر كفلوا عن رجل بألف درهم وبعشرة أكرار حنطة ومائة دينار وبعضهم كفلاء ضامنون فى ذلك فلقي الطالب أحد الكفلاء فأخذ منه خمسمائة درهم ثم لقي آخر فأخذ منه خمسة اكرار حنطة ثم غاب الطالب والمطلوب ولقي الكفيلان المؤديان الكفيل الثالث وأرادا أخذه بما أديا وأراد كل واحد منهما أخذ صاحبه فالذى أدى

خمسمائة يرجع على صاحبيه بثلثيها لانهم فى الكفالة بالالف مستوون فينبغى ان يستووا فى الغرم بسببها وذلك فى أن يرجع بثلثي ما أدى عن صاحبيه على كل واحد منهما بمائة وستة وستين وثلثين وللذى أدى الطعام ان يرجع على صاحبيه بثلثي الطعام لهذا المعنى أيضا ولا يصير البعض قصاصا لان الجنس مختلف والمقاصة بين الدينين عند اتحاد جنسهما وصفتهما لا عند الاختلاف ولو التقى هذان المؤديان ولم يلقيا الثالث فلكل واحد منهما ان يرجع علي صاحبه بنصف ما أدى ليستويا فى الغرم بسبب الكفالة وكذلك لوالتقوا جميعا كان لكل واحد منهما أن يأخذ صاحبه بنصف ما أدى ليستويا فى الغرم ثم يتبعان جميعا الذى لم يؤد شيئا بثلث ما أداه كل واحد منهما فان لقيه أحدهما كان له أن يأخذه بنصف الغرم الذى حصل عليه يوم يلقاه ليستويا فى الغرم بسبب الكفالة فان لقي الثالث أحد هذين رجع عليه بنصف الفضل بثلث ما أدى كل واحد منهما فيرجع أكثرهما أداء على أقلهما اداء بنصف الفضل للحرف الذى قلنا وعليه يدور تخريج هذه المسائل في انهما لما استويا فى الكفالة ينبغى أن يستويا فى الغرم بسببها واذا كفل رجل لرجل عن رجل بمال عليه فأداه الكفيل ثم لقي المكفول عنه فجحد ان يكون أمره بالكفالة أو ان يكون لفلان الطالب عليه شئ فأقام الكفيل البينة ان لفلان علي فلان ألف درهم وان فلانا هذا قد أمره فضمنها لفلان وانه قد أداها لفلان الى فلان فان القاضى يقبل ذلك منه ويقضى بالمال علي المكفول عنه لانه يدعى لنفسه عليه مالا بسبب وهو لا يتوصل الى اثبات ذلك الا باثبات سبب بينه وبين الغائب وهو أداء المال اليه فينصب الحاضر خصما عن الغائب كمن ادعى عينا فى يد انسان انها له اشتراها مع فلان الغائب وأقام البينة علي ذلك فان القاضى يقضى ببينته علي ذلك بهذا الطريق حتى اذا حضر الغائب فجحد ان يكون باعه لم يكلف المدعى اعادة البينة عليه فكذلك هنا اذا حضر المكفول له وجحد أن يكون قبض شيئا من الكفيل لم يكلف الكفيل اعادة البينة وكان الحكم عليه بوصول حقه اليه ماضيا وهذا لان الاسباب مطلوبة لا حكامها فمن يكون خصما فى اثبات الحكم عليه يكون خصما فى اثبات سبب الحكم عليه أيضا ورجوع الكفيل على الاصيل لا يكون الا بأمره اياه بالكفالة وأدائه الى الطالب بعد الكفالة فما يكون المكفول عنه خصما للكفيل فى اثبات الامر عليه يكون خصما فى اثبات الاداء الى الطالب عليه والقضاء بالبينة على الحاضر يكون نافذا عليه وعلى الغائب جميعا وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما

الله أن الرجل اذا غاب عن امرأته فأتاها رجل وأخبرها ان زوجها قد أبانها ووكله ان يزوجها منه ويضمن المهر ففعلت ذلك ثم رجع الزوج وأنكر ان يكون طلقها وأن يكون أمر هذا الرجل بشئ فالقول قوله وليس للمرأة على الكفيل شئ في قول أبي يوسف رحمه الله لان الطلاق لما لم يثبت كان العقد الثاني باطلا والكفالة المثبتة عليه كذلك بمنزلة أحد الوارثين واذا أقر لمعروف نسب انه أخوه لم يشاركه في الميراث وعلى قول زفر رحمه الله ترجع هي على الكفيل بالمال لان الكفيل مقر بصحة العقد الثاني ووجوب المال عليه بسبب الكفالة واقراره حجة في حقه فلو أقام الكفيل البينة على الزوج بما أدى من الطلاق وتوكيله اياه بالعقد الثاني والكفالة قبلت بينته بذلك وكان لها ان ترجع بالمال على الكفيل ثم يرجع الكفيل على الزوج وان شاءت رجعت على الزوج للمعنى الذي قلنا ان الكفيل لا يتمكن من الرجوع على الزوج الا باثبات هذه الاشياء عليه فصار خصما في ذلك كله والله أعلم وأحكم

باب الكفالة على ان المكفول عنه برئ

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل مال فضمنه له على ابراء الذي عليه الاصل فهو جائز والكفيل ضامن للمال ولا يأخذ الطالب المكفول عنه بشئ لانهما أتيا بمعنى الحوالة وان لم يصرحا بلفظها والالفاظ قوالب المعاني والمقصود هو المعنى دون اللفظ كان العقد الذي جرى بينهما حوالة لتصريحهما بموجب الحوالة كمن يقول لغيره ملكتك هذا الشئ بألف درهم فيكون بيعا وان لم يصرح بلفظ البيع والكفالة والحوالة يتقاربان من حيث ان كل واحد منهما إقراض للذمة والتزام على قصد التوثق فكما أنه لو شرط في الحوالة أن يطالب بالمال أيهما شاء كانت الكفالة فاذا شرط في الكفالة ان يكون الاصيل بريئا كانت الحوالة وقوله ضمنت والى وعلى بمنزلة قوله كفلت اذا شرط براءة الاصيل في ذلك كله كانت حوالة بناء على أصلنا أن الحوالة توجب براءة المحيل وقد بينا هذه المسئلة ولو توى المال على المحتال عليه عاد حق الطالب الى المحيل وللتوى أسباب فمن ذلك ان يجحد المحتال عليه ويحلف على ذلك وليس للطالب بينة لانه يتعذر على الطالب الوصول الى حقه من جهة المحتال عليه على التأبيد وهذا أبلغ أسباب التوى كالدرة الواقعة في البحر والعبد الآبق ونحو ذلك ومن ذلك ان يموت المحتال عليه مفلسا فيتحقق به التوى عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله لا يعود المال الى ذمة

المحيل وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله نقول بان الحوالة تبرئ المحيل براءة مطلقة فلا يعود المال اليه بحال كما لو برئ بالابراء (وبيان الوصف) انه لا يطالب بالمال ولا بشئ يشبهه وهذا موجب البراءة المطلقة وتقريره من وجهين (أحدهما) ان الحوالة ليست بمعاوضة لان معاوضة الذمة بالذمة والدين بالدين باطلة فاذا لم يكن ماوجب فى ذمة المحتال عليه عوضا عما فى ذمة المحيل لم يكن تعذر الوصول اليه مبنيا على حق الرجوع له على المحيل بل بالحوالة يصير كالقابض من المحيل والمقرض من المحتال عليه لانه لا يتحقق اسقاط المال على المحيل وايجابه على المحتال عليه معاوضة الا بهذا الطريق أو يجعل مافى ذمة المحتال عليه كأنه عين ماكان فى ذمة المحيل تحول من ذلك المحل الى هذا المحل حكما هو قضية لفظة الحوالة وفوات الشئ من المحل الذى تحول اليه لا يكون سببا لعوده الى المحل الاول بل فواته عن المحل الذى تحول اليه كفواته فى المحل الاول وذلك يكون على الطالب لا غير وعند الحوالة المحتال له بالخيار بين ان يقبل فيثبت حقه في ذمة المحتال عليه وبين ان يأبى فيكون حقه فى ذمة المحيل والمخير بين الشيئين اذا اختار أحدهما يتعين ذلك عليه وهو لا يعود الى المحل الاول بعد ذلك قط كالغاصب الاول مع الثانى اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما ثم توى عليه لم يرجع على الآخر بشئ والمولى اذا عتق عبده المديون واختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى ذلك عليه لم يرجعوا على المولى بشئ من الضمان * وحجتنا في ذلك حديث عثمان رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا فى المحتال عليه يموت مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل لا توى على مال امرئ مسلم والمعنى فيه ان هذه براءة بالنقل فاذا لم يسلم له حقه من المحيل الذى انتقل اليه يعود حقه الى المحل الذى انتقل حقه عنه كما لو اشترى بالدين شيئا أو صالح من الدين على عين (وبيان الوصف) ان حق الطالب كان فى ذمة المحيل فنقله الى ذمة المحتال عليه بالحق الذى له كما له أن ينقله الى العين بالشراء ثم هناك اذا هلكت العين قبل القبض عاد حقه فى الدين كما كان فكذلك هنا وكما أن ذلك السبب محتمل الفسخ فهذا السبب محتمل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت (وتقريره) ان مافى ذمة المحتال عليه ليس بعوض كما كان فى ذمة المحيل كما قاله الخصم ولا هو واجب بطريق الاقراض كما زعم هو لان القبض يكون بالمال لا بالذمة والحوالة التزام فى الذمة فلا يمكن ان يجعل به قابضا ولانه يثبت فى ذمة المحتال عليه على الوجه الذى كان فى ذمة المحيل حتى لو كان بدل صرف أو سلم لا يجوز الاستبدال

به مع المحتال عليه كما لا يجوز مع المحيل ويبطل عقد الصرف والسلم بافتراق المتعاقدين قبل القبض من المحتال عليه ولو صار بالحوالة قابضا ثم مقرضا لا تثبت فيه هذه الاحكام ولا يمكن أن يجعل كأن عين ذلك المال تحولت من ذمة الى ذمة لان الشيء انما يقدر حكما اذا تصور حقيقة وليس فى الذمة شيء يحتمل التحول فلم يبق الطريق فيه الا جعل الذمة الثانية خلفا عن الذمة الاولى فى ثبوت الحق فيها كما فى حوالة الفراش المكان الثانى يكون خلفا عن المكان الاول ويكون الثابت فى المكان الثانى عين ما كان في المكان الاول فاذا كان الطريق هذا فنقول انما رضى الطالب بهذه الخلافة على قصد التوثق لحقه فيكون رضاه بشرط أن يسلم له فى ماله فى الذمة الثانية فاذا لم يسلم فقد انعدم رضاه فيعود المال الى المحل الاول كما كان بمنزلة مالو اشترى به عينا الا ان هناك المحل الذى هو خلف فى يد الغريم فكان مطالبا بتسليمه وهنا المحل الذى هو حق ليس فى يد الغريم فلم يكن هو مطالبا بشيء ولكنه ليس فى يد الطالب أيضا فلم يصر قابضا لحقه ولا يدخل فى ضمانه فلا يكون التواء عليه وبه فارق الغاصب الاول مع الثانى والمولى مع العبد فان احدى الذمتين هناك ليست بخلف عن الأخرى ولكن صاحب الحق كان مخيرا ابتداء والمخير بين الشيئين اذا اختار أحدهما تعين ذلك عليه وعلى هذا الاصل قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا فلسه الحاكم عاد الدين الى ذمة المحيل لان رضاه بالخلافة كان بشرط السلامة فاذا لم يسلم عاد الحق الى المحل الاول ولا معتبر ببقاء المحل الثانى حقيقة كالعبد المشترى بالدين اذا أبق واختار الطالب فسخ العقد عاد حقه كما كان ٭ توضيحه أن الذمة تتعيب بالافلاس أما عندهما حكما فمن حيث ان التفليس والحجر يتحقق من حيث العادة وهذا ظاهر فان الناس يعدون الذمة المفلسة معيبة حتى يعدون الحق فيها تاويا وكما أن فوات المحل موجب انفساخ السبب فتعيبه مثبت حق الفسخ كما اذا تعيب المشترى بالدين قبل القبض والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من أحيل على ملىء فليتبع فقد قيد الامر بالاتباع بشرط ملاء المحتال عليه فلا يكون مأمورا بالاتباع بدون هذا الشرط وأبو حنيفة رحمه الله يقول الافلاس لا يتحقق لان المال غاد ورائح فقد يصبح الرجل فقيرا ويمسى غنيا ثم عود المال الى المحيل التوى لا يتعذر به الاستيفاء (ألا ترى) انه لو تعذر استيفاؤه من المحتال عليه لعيبه لم يرجع على المحيل بشيء ولا تصور للتوى فى الدين حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من أن يكون صالحا للالتزام وبعد الافلاس الذمة فى صلاحيتها للالتزام

كما كانت من قبل فلا يتحقق التوى ولا العيب بهذا السبب بخلاف ما لو كان بعد الموت .فلسالان الذمة خرجت من أن تكون محلا صالحا للالتزام فيثبت التوى بهذا الطريق حكما وأماذات المحتال عليه فقال الطالب لم يترك شيئا وقال المطلوب قد ترك وفاء فالقول قول الطالب مع يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولانه بالحوالة لم يدخل فى ملك المحتال عليه ولو كان وهو حى يزعم انه مفلس فالقول قوله فكذلك بعد موته اذا زعم الطالب انه مفلس فالقول قوله مع يمينه على علمه *توضيحه ان ذمته بالموت خرجت من أن تكون محلا صالحا للالتزام وبه يتحقق التوى الا أن يكون هناك مال يخلف الذمة فى ثبوت حق الطالب فيه فالمطلوب يدعى هذا الخلف والطالب منكر لذلك فجعلنا القول قوله لهذا ولو كفل بالمال من غير شرط البراءة ثم ان الطالب ابرأ الذي عليه الأصل من المال بعد الكفالة برئا جميعا لان ابراء الكفيل اسقاط لاصل الدين وذلك موجب لبراءة الكفيل ضرورة فكما ان الكفالة لاتصح الا باعتبار مال واجب فى ذمة الأصيل فكذلك لا تبقى بعد سقوط المال عن ذمة الاصيل بالابراء وهذا بخلاف مالو كانت الكفالة بشرط الاصل لان ذلك صار عبارة عن الحوالة واللفظ اذا جعل عبارة عن غيره مجازا سقط اعتبار حقيقته في نفسه *توضيح الفرق ان الكفالة بشرط براءة الاصيل لاتكون اسقاطا لان أصل الدين يكون تحويلا الى ذمة الكفيل بالطريق الذي قلنا فأما ابراء الاصيل بعد الكفالة فيكون اسقاطا لاصل الدين والمطالبة تبنى على وجوب أصل الدين فكما لايبقى على الاصيل مطالبة بعد الاسقاط فكذلك على الكفيل والدليل على الفرق ماأشار اليه وهو ان الصبي التاجر اذا كان له على رجل مال فضمنه له آخر على ان ابرأ الاول أو كان عليه مال لرجل فضمنه لآخر بأمر صاحبه على ان ابرأ المكفول له فهو جائز ولو كان هذا اسقاطا لاصل الحق عن الاصيل ماملك الصبي التاجر فيما له على غيره كابراء الاصيل بعد الكفالة ولو كان هذا من المحتال عليه التزاما للمال فى ذمته ابتداء ماملكه الصبي التاجر فيما عليه وبهذا الفصل يتبين الفرق وكذلك فى الصرف ورأس مال السلم الحوالة تصح والكفالة بشرط براءة الاصيل تصح ولا يبطل به عقد السلم بخلاف ماذا ابرأ الاصيل بعد الكفالة فقبله الاصيل حيث يبطل به عقد السلم ولو قال لرجل آخر ماأقر لك به فلان من شيء فهو علي فقامت عليه بينة انه أقر بعد الكفالة بألف درهم لزم الكفيل الالف لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة وان شهدوا انه أقر بذلك قبل

الكفالة لم يلزم الكفيل شئ لان هذا اللفظ وان كان في صورة الماضي فالمراد به المستقبل عادة فلا يصير به ملتزما لما سبق الاقرار به على العقد وانما يكون ملتزما لما يقر به بعد العقد بمنزلة قوله مايقر لك كما ان قوله ما ذاب لك فى معنى ما يذوب فهذا قياسه والله أعلم

باب ضمان مايبايع به الرجل

(قال رحمه الله) واذا قال الرجل لرجل بايع فلانا فما بايعته به من شئ فهو على فهو جائز على ماقال لانه أضاف الكفالة الى سبب وجوب المال على الاصيل وقد بينا ان ذلك صحيح والجهالة في المكفول به لاتمنع صحة الكفالة لكونها مبنية على التوسع ولان جهالة عينها لاتبطل شيئا من العقود وانما الجهالة المفضية الى المنازعة هى التي تؤثر فى العقود وهذه الجهالة لاتفضى الى المنازعة لان توجه المطالبة على الكفيل بعد المبايعة وعند ذلك مابايعه به معلوم ويستوى أن وقت لذلك وقتا أولم يوقت الا أن في الموقت يراعي وجود المبايعة فى ذلك الوقت حتى اذا قال مابايعته به اليوم فباعه غدا لايجب على الكفيل شئ من ذلك لان هذا التقييد مفيد فى حق الكفيل ولكن اذا كرر مبايعته فى اليوم فذلك كله على الكفيل لان حرف ما يوجب العموم واذا لم يوقت فذلك على جميع العمر واذا بايعته مرة بعد مرة فذلك كله على الكفيل ولايخرج نفسه من الكفالة لوجود الحرف الموجب للتعميم فى كلامه ويستوى ان بايعه بالنقود أو بغير النقود لانه قال مابايعته به من شئ وهو يجمع كل ذلك فان قال الطالب بعته شيئا بألف درهم وقبضه منى فأقر به المطلوب وجحد الكفيل ففى القياس لا يؤخذ الكفيل بشئ حتى تقوم البينة على أنه بايعه بعد الكفالة وقد روى أسد بن عمرو عن أبى حنيفة رحمه الله انه أخذ بالقياس ووجه ذلك أن وجوب المال على الكفيل ناشئ عن مبايعته بعد الكفالة وذلك لا يظهر فى حقه باقرار المطلوب لان قوله حجة عليه لا على الكفيل ولو أنكرا جميعا يعنى المطلوب والكفيل لم يكن على كل واحد منهما شئ فاذا أقر به المطلوب لزمه دون الكفيل لان الثبوت بحسب الحجة فاذا قامت البينة ثبت فى حقهما لان البينة حجة عليهما ولكن استحسن فقال الكفيل ضامن للمال لان المطلوب مع الطالب تصادقا على المبايعة فى حال يملكان انشاءها فانهما لو أنشآ المبايعة لزم ذلك الكفيل ومن أقر بما لا يملك انشاءه يكون مقبول الاقرار فى حق الغير لانتفاء التهمة بمنزلة التوكيل قبل العزل اذا أقر بالبيع والمطلق قبل انقضاء

العدة اذا أقر بالرجعة * توضيحه انهما ان كانا صادقين فيما أقرا به من المبايعة فقد تحقق السبب في حق الكفيل وان كانا كاذبين فتصادقهما بمنزلة انشاء المبايعة فيلزم الكفيل أيضا (ألا ترى) انه لو كان قال مالزمه لك من شئ فانا ضامن به لزمه ماأقر به المكفول عنه بهذا الطريق وعلى هذا لو قال بعه ما بينك وبين ألف درهم وما بعته من شئ فهو على الى ألف درهم فباعه متاعا بخمسمائة ثم باعه حنطة بخمسمائة لزم الكفيل المالان جميعا وان باعه متاعا آخر بعد ذلك لم يلزم الكفيل من ذلك شئ لانه قيد الكفالة بمقدار الألف فلا تلزمه الزيادة على ذلك ولو قال اذا بعته شيئا فهو على فباعه متاعا بألف درهم ثم باعه بعد ذلك خادما بألف درهم لزم الكفيل الأول دون الثاني لان كلمة اذا لا تقتضى العموم ولا التكرار وانما تتناول المبايعة مرة فبوجود ذلك تنتهي الكفالة بخلاف ما لو قال كلما بايعته بيعا فانا ضامن بثمنه لان كلمة كلما تقتضي التكرار فيصير هو بهذا اللفظ ملتزما يجب بمبايعته مرة بعد مرة ولو قال بعه ولم يزد على هذا فباعه لم يلزم الآمر شئ لانه مشير عليه وليس بضامن وكذلك لو قال أقرضه ولو قال متى بعته بيعا فانا ضامن لثمنه أوان بعته بيعا فباعه متاعا في صفقتين كل صفقة بخمسمائة ضمن الكفيل الاول منهما لما بينا انه ليس في لفظه ما يقتضي التكرار لان كلمة ان للشرط وكلمة متى للوقت بمنزلة كلمة اذا ولو قال ما بايعته من زطى فهو على فباعه ثوبا يهوديا أو حنطة لم يلزم الكفيل من ذلك شئ لانه قيد الكفالة بمبايعته من الزطى خاصة فلا يتناول غيرها وكذلك لو قال ماأقرضته فهو على فباعه متاعا أو قال ما بايعته فهو على فأقرضه شيئا لم يلزم الكفيل من ذلك شئ لانه قيد الكفالة بسبب فلا تتناول شيئا آخر والمبايعة غير الاقراض (ألا ترى) ان المبايعة تصح ممن لا يصح منه الاقراض كالاب والوصى ولو قال ما داينته اليوم من شئ فهو على لزمه القرض وثمن المبيع لان اسم المداينة يتناول الكل فانه عبارة عن سبب وجوب الدين (ألا ترى) ان الآمر بالكتابة والشهود جاء به اسم المداينة وعلى الكل فلو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل ان يبايعه ونهاه عن مبايعته ثم بايعه بعد ذلك لم يلزم الكفيل شئ لان لزوم الكفالة بعد وجوب المبايعة وتوجه المطالبة على الكفيل فاما قبل ذلك فهو غير مطلوب بشئ ولا ملتزم في ذمته شيئا فيصح رجوعه * توضيحه ان بعد المبايعة انما أوجبنا المال على الكفيل دفعا للغرر عن الطالب لانه يقول انما عقدت في المبايعة معه كفالة هذا الرجل وقد اندفع هذا الغرور حين نهاه عن المبايعة ولوقال ما بايعته اليوم من شئ فهو

لك علي ثم جحد الكفيل والمكفول له المبايعة وأقام الطالب البينة على أحدهما انه قد باع المكفول له ذلك اليوم متاعا بالف درهم لزمهما جميعا ذلك المال أيهما كان حضر لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة والمال الذي يطالبان به واحد فينصب الحاضر منهما خصما فيكون حضور أحدهما كحضورهما فلا يكلف إعادة البينة عند حضور الآخر اذا كان القاضي هو الاول لانه عالم بسبب وجوب المال على الذي حضر اذ هو باشر القضاء به على الاول وعلمه يغني الطالب عن اعادة البينة ولو قال من بايع فلانا اليوم بيع فهو على فباعه غير واحد لم يلزم الكفيل شيء لان المكفول له مجهول وجهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة كجهالة المقر له فانه لو قال لواحد من الناس على شيء كان اقراره باطلا ولو قال لقوم خاصة ما بايعتموه أنتم وغيركم فهو على كان عليه ما بيع به أولئك القوم ولا يلزمه ما بايع غيرهم لان في حقهم المكفول له معلوم فصحت الكفالة وفي حق غيرهم هو مجهول فلا تصح الكفالة ولكن ضم المجهول الى المعلوم لا يمنع صحة الكفالة في حق المعلوم لان ما يلتزمه لواحد بالكفالة منفصل عما يلتزمه للآخر ولو اذن لعبده في التجارة وقال لرجل ما بايعت به عبدي من شيء أبدا فهو على أو لم يقل أبدا فهو سواء ولزمه كل بيع بايعه به لان التزام المولى من عبده بحكم الكفالة صحيح كما يصح من الحر وقد بيناه فيما سبق وكذلك لو قال كل ما بايعته أو الذي بايعته بخلاف مالو قال اذا بايعته أو ان بايعته فهذا على الاول خاصة وقد بينا الفرق بينهما في الحر فكذلك في العبد ولو قال ما بايعت فلانا من شيء فهو على فأسلم اليه دراهم في طعام أو باعه شعيرا بزيت فذلك كله على الكفيل لانه قد باعه فان السلم نوع بيع ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا وكله بثوب يبيعه فأسلمه في طعام جاز على الموكل وعندهما لا يجوز لان السلم غير البيع بل ان مطلق التوكيل بالبيع ينصرف الى البيع بالنقود والله أعلم بالصواب

باب الحوالة

(قال رحمه الله) ذكر عن شريح رحمه الله انه قال في الحوالة اذا أفلس فلا توى على مال امرىء مسلم يريد به ان مال الطالب يعود فدليلهما ان بمجرد الافلاس تبطل الحوالة قال وقال أبو حنيفة رحمه الله اذا كان لرجل على رجل ألف درهم فاحاله بها فقد برىء الاول منهما وقد بينا اختلاف العلماء رحمهم الله فيه ووجه الفرق بين الكفالة والحوالة (في الكتاب)

أشار الى حروف فذلك لا تكتب ذكر حق فلان بن فلان ان له على فلان ألف درهم وقد أحاله بها على فلان فان هـذا لا يحسن فى الكتاب ولا فى الكلام وكيف يكون عليـه وقد حولها عنه الى غيره ويحسن فى الضمان ان يقول لفلان على فلان ألف درهم وقد ضمنها عنه فلان (ثم وجوه التوى) قد بيناها فيما سبق (والجواب) بين الاجانب والاقارب فى جميع أصناف الديون من التجارات والمهر والجنايات وغير ذلك جائز لانه تحويل الحق من الذمة الاولى الى الذمة الثانيـة فيستدعى وجوب الحق فى الذمة الاولى ليصح التحـويل ولو ان المحتال عليـه أحاله بالمال على غيره كان جائزا لانه لما تحول المال اليه بالحوالة التحق بما كان واجبا عليـه فى الاصل وكما يصح التحويل من الذمـة الاولى الى ذمته يصح التحويل من ذمته الى ذمة أخرى بالحوالة وليس للمحتال عليه أن يأخذ الاصيل بالمال قبل ان يؤديه ولكن يعامله بحسب مايعامل به من الملازمة والحبس كما بيناه فى فصل الكفيل (وفى هذا نوع اشكال) فان فى الكفالة مطالبة الطالب على الاصيل باقية فلا تتوجه عليه مطالبة الكفيل مالم يؤد وبعد الحوالة لا تبقى مطالبة المال على الاصيل فينبغى ان تتوجه عليه مطالبة المحتال عليه كالوكيل بالشراء يطالب الموكل قبل أن يؤدى ولكنا نقول ما سقطت مطالبة الطالب عن المحيل على الثبات بل يؤخر ذلك على المحتال عليـه مفلسا فكان من هذا الوجه بمعـنى التأجيل أو لما كانت المطالبة بعرض ان يتوجه عليه جعل كالمتوجه فى الحال بمعنى الكفالة من هذا الوجه بخلاف الوكيل فانه ليس للبائع على الموكل مطالبة بالثمن لا فى الحال ولا فى ثانى الحال بل مطالبته مقصورة على الوكيل فكان للوكيل ان يرجع على الموكل ولو قضى المحيل المحتال عليه المال قبل ان يؤديه فعمل به وربح كان ربحه له لانه بنفس الحوالة قد استوجب المحتال عليـه على المحيل ولكنه مؤجل لادائه ومن استعجل الدين المؤجل وتصرف فيه وربح كان الربح له لانه استربح على ملك صحيح ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فاحاله بها على آخر فقضاها اياه المحتال عليـه فلما أراد الرجوع على الاصيل قال الاصيل كانت لى عليك وقال المحتال عليه ما كان لك على شئ فانه يقضى للمحتال عليه على الاصيل بالمال لان السبب الموجب للمال له على الاصيل ظاهر وهو قبوله الحوالة بأمره وادائه والمحيل يدعى لنفسه دينا على المحتال عليه ليجعل ما عليه قصاصا بذلك الدين ولم يظهر سبب مايدعيه والمحتال عليه لذلك منكر فالقول قوله وليس فى قبول الحوالة عنـه اقرار بوجوب المال للمحيل عليه

فان الحوالة قد تكون مقيدة بما للمحيل على المحتال عليه وقد تكون مطلقة بل حقيقة الحوالة
هي المطلقة فاما المقيدة من وجه فتوكيل بالاداء والقبض عرفنا أنه لم يوجد منه دلالة الاقرار
بوجوب المال للمحيل عليه وكان القول قوله في الانكار ولو كان لرجل على رجلين ألف
درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فأحاله أحدهما على رجل بألف درهم على أن ابرأه
فللطالب أن يأخذ المحتال عليه بالالف لانه التزمه بالحوالة والمحيل كان أصيلا في النصف الاول
كفيلا في النصف الثاني والحوالة بكل واحد منهما صحيحة وان شاء أخذ الذي لم يحله بخمسمائة
لان المحيل في هذه الخمسمائة كان كفيلا وقد برئ بالحوالة من غير أداء وقد بينا أن براءة
الكفيل لاتوجب براءة الاصيل فان اداها المحتال عليه رجع بها على المحيل دون صاحبه لانه
هو الذي أمره بقبول الحوالة ورجوعه بذلك فان أداها المحيل رجع بنصفها على صاحبه لانه
كان كفيلا عنه وأداء المحتال عليه بأمره كأدائه أداؤه بنفسه والى المحتال عليه كأدائه الى
الطالب له ولو أدى الى الطالب رجع بنصفها على صاحبه فكذلك هنا ولو كان لرجل على رجل
ألف درهم فاحاله بها على رجلين فله أن يأخذ كل واحد منهما بنصفها لانهما اضافا الحوالة في
جميع ذلك المال اليهما اضافة على السواء فيقسم عليهما انقساما على السواء وقد بينا في الكفالة
نظيره فان اشترط ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه أخذ بالالف أيهما شاء لان كل
واحد منهما التزم بجميع المال هنا في النصف عن الاصيل وفي النصف الآخر عن صاحبه
بالكفالة فاذا أداها رجع على صاحبه بالنصف ليستويا في الغرم الثابت بسبب هذه الحوالة كما
استويا في أصل الالتزام ولو كان لرجل على مكاتب مال فأحاله المكاتب به على رجل عليه
مال فهو جائز لان هذا أمر من المكاتب به على رجل له عليه مال فهو جائز لان هذا أمر
من المكاتب للطالب في أن يقبض ماله من غريمه له أولا ثم لنفسه وأمر للغريم بأن يؤدي
ماعليه الى الطالب وذلك صحيح من المكاتب وهذا التكلف غير محتاج اليه في هذا الفصل
فان المكاتب لو أحال الطالب حوالة مطلقة يجوز فكذلك الحوالة من المكاتب المقيدة وانما
يحتاج اليه في الفصل الثاني وهو ما اذا كان المكاتب هو المحتال عليه لان قبول الحوالة من
المكاتب مطلقا لايجوز بمنزلة الكفالة ولكن يجوز مقيدا بالمال الذي عليه لانه لافرق في
حقه بين أن يؤدي ذلك المال الى المحيل أو الى المحتال والعبد التاجر والصبي التاجر في هذا
كالمكاتب وكذلك لو كان المال على رجلين كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فاحالاه على

واحد جازت الحوالة منهما كما تجوز من الواحد اذا كان مطلوبا بالمال وكذلك الوصي يحتال بدين اليتيم على رجل أملأ من غريمه الاول فاحتال بذلك فهو جائز لان في هذا قربان ماله بالاحسن فان حياة الدين بملاءة ذمة من عليه وفي قبول الحوالة على من هو أملأ إظهار للزيادة في حقه وتيسر الوصول الي ماله وكان ذلك منهما نظرا من حقه والله أعلم

باب الامر بنقد المال

(قال رحمه الله) واذا أمر رجل رجلا بأن ينقد عنه فلانا الف درهم فنقدها رجع بها على الآمر لان هذا من الآمر استقراض من المأمور وانه لا يتحقق نقده عنه الا بعد أن يكون المنقود ملكا له ولا يصير ملكا له بالاستقراض منه فكأنه استقرض منه الالف ووكل صاحب دينه بأن يقبض له ذلك أولا ثم لنفسه ولانه أمره أن يملكه ما في ذمته بمال يؤديه من عنده فكان بمنزلة مالو أمره أن يملكه عين الغير في يده بأن يشتريها له فيؤدي الثمن من عنده وهناك يثبت للمأمور حق الرجوع على الآمر بما يؤدي فكذلك هنا وكذلك لو قال انقد فلانا ألف درهم له علي أو قال اقضه عني كذا أو قال اقضه ماله علي أو ادفع اليه الذي له علي أو ادفع عني كذا أو اعطه عني ألف درهم أو أوفه ماله على فهذا كله باب واحد وكله اقرار من الآمر أن المال عليه لفلان اما لقوله عني أو لقوله اقضه عني فان القضاء لا يكون الا بعد الوجوب أو لقوله علي أو لقوله أوفه عني فان الايفاء يكون بعد الوجوب ولو قال انقده عني ألف درهم على اني ضامن لها أو على اني كفيل بها أو على انها لك علي أو الي أو قبلي فهو سواء واذا نقدها اياه رجع بها على الآمر لانه صرح بالتزام ضمان المنقود له أو أتى بلفظ يدل عليه ويستوي ان نقده الدراهم أو نقده بها مائة درهم أو باعه بها جارية أو غير ذلك لان بالبيع يجب الثمن للبائع على المشتري ولم يصر قابضا الدراهم التي وجبت له عليه كما أمره به فكان هذا وما لو دفع اليه دراهم في الحكم سواء (ألا ترى) ان الطالب يصير مستوفيا حقه بهذه الطريق اذا حلف ليستوفين ماله عليك قبل أن يفارقك واذا قال الرجل للرجل ادفع الي فلان الف درهم قضاء ولم يقل عني أو قال اقض فلانا الف درهم ولم يقل على أنها لك علي فدفعها المأمور فان كان خليطا للآمر رجع بها عليه لان الخلطة القائمة بينهما دليل ظاهر على أن أمره بالقضاء عنه بمنزلة التصريح بهذا اللفظ وهذا لان كل واحد من الخليطين ينوب عن

صاحبه في قضاء ما عليه وان أداه بناء على الخلطة السابقة وتلك الخلطة تثبت له حق الرجوع بما يؤدي بأمره كما يثبت له حق الرجوع عليه بما يؤدي اليه وان لم يكن خليطا له لم يرجع بها عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الأول رحمه الله وانما رجوعه على المدفوع اليه وقول أبي يوسف الآخر رحمه الله يرجع على الآمر خليطا كان أو غير خليط لوجهين (أحدهما) ان أمره بالدفع الى غيره بمنزلة أمره بالدفع اليه ولو قال ادفعه الى كان له أن يرجع عليه فكذلك اذا أمره بالدفع الى غيره ولان فعله في الدفع يترتب على أمره في الفصلين واذا اعتمد في الاداء أمره فلو لم يرجع صار مغررا من جهته والغرر مدفوع كما في الخليطين (الثاني) انه قال ادفعها اليه قضاء والقضاء ينبني على الوجوب ولم يكن على المأمور شئ واجب للمدفوع اليه ولا يعتبر أمر الآمر بذلك بل أمره انما يعتبر في قضاء ما هو واجب على الآمر وكان اقرارا بوجوب المال عليه من هذا الوجه وهذا وقوله اقض عني سواء وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا ان قوله اقض أو ادفعه اليه قضاء كلام محتمل يجوز ان يكون المراد اقضه ماله عليك فيكون هذا منه أمرا بالمعروف ويجوز أن يكون المراد اقضه ماله علي والمحتمل لا يكون حجة فلا يثبت به المال على الآمر للمدفوع اليه واذا لم يثبت المال عليه لا يكون هذا منه استقراضا ولا أمرا بان يملكه ما في ذمته وطريق الرجوع عليه هذا بخلاف ما لو قال قضاء عني اذا كان قضاء لما له علي لان الاحتمال قد زال هنالك بما صرح به من الاضافة الى نفسه ولا يجوز أن يعتبر أمره بالدفع الى غيره بالدفع الى نفسه لان قوله ادفعه الى لا يثبت له حق الرجوع عليه بهذا الأمر بل يقضه المال منه وهذا المعنى يوجب أن يكون رجوعه هنا الى المدفوع اليه لانه هو القابض للمال منه دون الآمر ولو كان أمر بذلك ولده أو أخاه وهو ليس في عياله فهذا وأمره للاجنبي بذلك سواء الا أن يكون أمره بذلك بعض من في عياله فيكون ذلك بمنزلة ما لو أمر خليطا له بذلك استحسانا لان الانسان يقضي ما عليه بيد من في عياله وبيد هؤلاء بمنزلة يده ولو دفع بنفسه قضاء كان ذلك قضاء لما هو واجب فكذلك اذا أمر بعض من في عياله حتى أدى وكذلك الزوجة اذا أمرت بذلك زوجها فان ما بينهما من الزوجية بمنزلة الخلطة أو أقوى منه وكذلك لو أمر به أجيرا له وانما أراد به التلميذ الخاص الذي استأجره مسانهة أو مشاهرة فانه بمنزلة من في عياله وكذلك لو أمر به شريكا له لان قيام الشركة بينهما بمنزلة الخلطة أو أقوى منها وهذا كله استحسان وحمل

لمطلق الكلام على ماهو معتاد بين الناس ولو قال لرجل ادفع الى فلان ألف درهم فان كان المأمور خليطا للآمر أو بعض من فى عياله رجع المأمور على الآمر باعتبار الخلطة التى بينهما فان ذلك بمنزلة الغرر من جهته لو لم يثبت له حق الرجوع عليه لم يرجع الآمر على القابض وان لم يكن له عليه شئ يصير قصاصا به وأما اذا لم يكن المأمور خليطا للآمر فلا اشكال على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله انه لا يرجع على الآمر وانما يرجع به على القابض وانما اختلفوا على قول أبى يوسف الآخر رحمه الله فعلى قياس الطريقة الاولى يرجع على الآمر بمنزلة ما لو قال ادفعه الى وعلى قياس الطريقة الثانية يكون رجوعه على القابض لانه ليس فى لفظه مايدل على ان القابض يستوفى حقا واجباله بخلاف ما اذا قال ادفعها الى فلان قضاء ولو أمر خليطا له أن ينقد فلانا عنه ألف درهم نجية فنقده عنه ألف درهم غلة أو نبهرجة لم يرجع على الآمر الا بمثل ماأعطى بخلاف الكفيل بالنجية اذا أدى بالغلة فانه يرجع بالنجية فان رجوع الكفيل بحكم الالتزام (ألا ترى) انه لو وهب المال منه رجع على الأصيل وانما التزم فى ذمته النجية فاستوجب مثلها فى ذمة الاصيل ثم إن سامحه الطالب فتجوز بالغلة لا يجب أن يسامح الاصيل بشئ فاما المأمور فهو غير ملتزم فى ذمته شيأ وانما يثبت له حق الرجوع بالاداء (ألا ترى) انه لو وهب المال منه لم يصح فان كان رجوعه بالاداء رجع المؤدى ولو كان لرجل على رجل ألف درهم وأحال بها عليه رجلا فلما استوفاها المحتال قال المحتال للمحيل كان المال لى عليك فانما استوفيت حق نفسى وقال المحيل بل كنت وكيلى فى قبض مالى لم يكن لك على شئ فالقول قول المحيل لان وجوب المال له على المحتال عليه كان ظاهرا كالمقبوض بذلك السبب فيكون ملكا له ثم القابض يدعى لنفسه دينا عليه حتى يحبس ماله بذلك ولم يظهر ذلك الدين له عليه فان إحالته عليه لا تكون دليلا على وجوب المال للمحتال على المحيل فيكون القول قول المنكر ويؤمر بدفع المال اليه الا أن يثبت دين نفسه عليه ولو أراد المحتال عليه أن يمنع المال من الذى أحال به عليه ورب المال غائب لم يكن له عليه ذلك بعد الحوالة لانه قد التزم دفع المال اليه فعليه الوفاء بما التزم وكذلك لو قال رب المال اضمن له هذا المال فهو مثل الحوالة بخلاف ما لو قال أضمن له هذا المال عنى فانه يكون اقرارا من رب المال بالمال لهذا لانه أمره بان يضمن عنه ولا يتحقق ذلك الا بعد وجوب المال عليه ولان قوله اضمن عنى له بمنزلة التصريح منه ان القابض عامل لنفسه وليس بوكيل من جهته وانما يكون ذلك عند وجوب

المال للطالب على الاصيل وكذلك الحوالة اذا قال يحتال اليك بالألف التي لي عليك لم يكن هذا اقرارا بان المال عليه ولو قال هو محتال عليك بألف درهم لتؤديها عني من المال الذي لي عليك فهذا اقرار منه بوجوب المال عليه للمحتال واذا قال يحتال عليك بألف درهم لم يكن هـذا اقرارا منه بالمال ولكن المحتال عليه لا يستطيع الامتناع من اداء المال الى المحتال لانه التزمها له ولان كلامه محتمل وبالمحتمل لا يكون له ان يمتنع من ايفاء ما التزم وان أداها وكان خليطا للآمر رجع بها عليه ورجع بها الآمر على المضمون له بعد ان يحلف انها ليست عليه وقد بينا فى الحوالة نظيره فكذلك فى الضمان ولو لم يكن خليطا له لم يرجع بها عليه لانه ليس فى لفظه ما يدل على الأمر بالضمان فلا يثبت له حق الرجوع عليه ولكنها تسلم للمضمون له بخلاف ما سبق من قوله ادفع لانه ليس هناك من المأمور التزام شئ للمدفوع اليه (ألا ترى) ان له ان يمتنع من الدفع اليه فكذلك بعد الدفع له أن يرجع بها عليه وهنا بقبول الحوالة والضمان قد التزم المال للمضمون له حتي لا يكون له أن يمتنع من الدفع اليه فى الابتداء فكذلك بعد الدفع اليه لا يكون له ان يرجع عليه بشئ مما أدى اليه والله أعلم بالصواب

باب صلح الكفالة

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل ألف درهم وبها كفيل عنه بأمره فصالح الكفيل الطالب على مائة درهم علي ابراء الاصيل من الالف جاز كما لو صالحه الاصيل بنفسه وهذا ظاهر لان الطالب استوفى عشر حقه وابراه من سوى ذلك وكل واحد من الامرين صحيح فى الكل فكذلك فى البعض لم يرجع الكفيل على المكفول عنه بمائة درهم لان رجوع الكفيل باعتبار ثبوت الملك له وذلك مقصور على ما أدى دون ما ابراه الاصيل عنه لان الابراء اسقاط فلا يتضمن التمليك من الكفيل ولا يتحول به أصل الدين الى ذمة الكفيل بخلاف الايفاء فانه يتضمن تحول أصل الدين الى ذمة الكفيل ليتملك بأدائه مافى ذمته فيستوجب الرجوع به على الاصيل ولو صالحه على مائة درهم على ان يبرئ الكفيل خاصة من الباقى رجع الكفيل على الاصيل بمائة درهم ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل يكون فسخا للكفالة ولا يكون اسقاطا لاصل الدين فيبقى له في ذمة الاصيل

ماابراه الكفيل منه وتسعمائة وهذا لان الكفيل يلتزم المطالبة وابراء الكفيل يكون تصرفا في تلك المطالبة دون أصل الدين وبالابراء لا يتحول الدين الى ذمة الكفيل ولوصالحه على مائةدرهم على ان وهب التسعمائة للكفيل كان للكفيل ان يرجع بالالف كلها على المكفول عنه لانه ملك جميع الاصل وهو الالف بعضها بالاداء وبعضها بالهبة منه والبعض معتبر بالكل وهذا لان الهبة تمليك فى الاصل فمن ضرورة تصحيحه تحول الدين الىذمة الكفيل فلا يبقى للطالب فى ذمة الاصيل شئ ويتحول الكل الىذمة الكفيل ثم يتملكها بالهبة والاداء فيرجع بها على الاصيل ولو صالح الكفيل الطالب على عشرة دنانير أو باعه اياه بعشرة دنانير كان للكفيل ان يرجع على الاصيل بجميع الالف لانه بهذا الصلح والشراء يتملك جميع الالف ومن ضرورة صحتها تحول الدين الى ذمة الكفيل فان الصلح فى غير جنس الحق يكون تمليكا كالبيع وكذلك كل ماصالحه عليه من مكيل أو موزون بعينه أو حيوان أو عرض أو متاع فالجواب فى الكل سواء ولو كان معه كفيل اخر وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه كان له ان يرجع على صاحبه بنصف ذلك لان هذا الصلح أو البيع بمنزلة الاداء فى حق الرجوع على الاصيل فكذلك فى حق الرجوع على الكفيل معه ولو أدى جميع المال كان له ان يرجع بنصفه على شريكه في الكفالة فكذلك هنا ولو كفل رجلان عن رجل بألف درهم وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فأدى أحدهما ثم أخذ صاحبه فى الكفالة معه بالنصف فصالحه من ذلك على مائة درهم على ان أبراه خاصة مما بقى فهو جائز واستوجب الرجوع على صاحبه بنصف المؤدى وهو خمسمائة ليستوى معه فى الغرم فاذا استوفى منه بعض ذلك وابراه عن الباقى جاز كما لو عامل الاصيل بمثل ذلك ثم براءة الكفيل بالابراء لاتكون براءة للاصيل وقد كان للمؤدى أن يرجع على الاصيل بجميع الالف فانما وصل اليه من جهة صاحبه مائة فيبقى حقه فى الرجوع على الاصيل بتسعمائة ويثبت للكفيل الآخر حق الرجوع على الاصيل بمائة فأيهما أخذ منه شيئا اقتسما المأخوذ اعتبارا على قدر شركتهما فيما فى ذمته لاحدهما تسعة أعشاره وللآخر عشره ولو صالح المؤدى صاحبه من الخمسمائة على عشرة دنانير أوكر حنطة أو عرض جاز ذلك كما يجوز صلحه مع الطالب عن الخمسمائة على هذا المقدار ويملك الكفيل الآخر خمسمائة بهذا الصلح بمنزلة مالو أداها بعينها الى المؤدى فيتبع كل واحد منهما الاصيل

بخمسمائة وأيهما أخذ شيئا كان لصاحبه نصفه على حسب حقهما فى ذمته ولو كان الدين طعاما
وبه كفيل فصالح الكفيل الطالب منه على عشرة دراهم رجع بالطعام كله على المكفول عنه
لان ماأداه الكفيل يصلح ان يكون عوضا عن جميع الطعام فيصير به متملكا بجميع الطعام
(ألا ترى) انه لو باعه بالطعام ثوبا كان به متملكا جميع الطعام حتى يرجع به على الاصيل
فهذا مثله ولو كان الدين ألف درهم وبه كفيلان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فصالح
أحد الكفيلين صاحبه على مائة درهم على أن يبرئه من حصته من الكفالة وقبضها منه ثم ان
الكفيل الذي قبض المائة أدى المال كله الى الطالب رجع على المكفول عنه بتسعمائة ولم يرجع
على الكفيل معه بشئ ويرجع المؤدى للمائة على المكفول عنه بالمائة لان كل واحد منهما
كفيل عن الاصيل بجميع المال وعن صاحبه بنصف المال وصلح الكفيل مع الاصيل قبل أدائه
الى الطالب صحيح كما يجوز صلحه مع الطالب فاذا صالح أحدهما صاحبه على مائة فقد صار
مبرئا له عما زاد على المائة مما استوجب الرجوع عليه وهو كان كفيلا عن الاصيل وابراء
الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فاذا أدى القابض للمائة جميع الألف فانما أدى عن الاصيل
تسعمائة فيستوجب الرجوع بها عليه ويصير مؤديا عن الكفيل معه مقدار ما كفل عنه وذلك
مائة درهم فيرجع المؤدى للمائة على الاصيل بتلك المائة لان أداء كفيله عنه كأدائه بنفسه ولو
لم يكن هكذا ولكن الطالب أخذ الكفيل الذى أدى المائة واستوفى منه الألف كلها فله أن
يرجع علي شريكه بتسعمائة لانه دفع اليه المائة على أن يؤديها عنه الى الطالب فاذا لم يفعل حتى
أداها بنفسه كان له أن يرجع عليه بتلك المائة وقد كان كفل عنه خمسمائة وأداها فله ان يرجع
عليه بتلك الخمسمائة أيضا ولو كان الكفيل صالح صاحبه على كر حنطة ودفعه اليه على ان ابراه
من حصته من الكفالة فهذا جائز فيما بينهما لانه كفل بالخمسمائة وما أدى اليه يصلح أن يكون
عوضا عن الخمسمائة ويكون هذا التصرف منهما غير جائز فى حق الطالب فله ان يأخذ بجميع
المال أيهما شاء فان أخذ الطالب الكفيل الذى أدى بالالف فأداها فانه يرجع بها تامة على
الكفيل الذى معه وبخمسمائة مع ذلك على الذى عليه الاصل ان شاء الا أن يشاء الكفيل
القابض للطعام ان يرد عليه الطعام ويرد عليه خمسمائة مع ذلك لان المؤدى للألف استوجب
الرجوع على شريكه فى الكفالة بنصف ما أدى وهو خمسمائة لانه تحمل ذلك عنه بأمره
وبالنصف الآخر لانه دفع اليه الطعام على ان يؤدي عنه مايقابله وهو خمسمائة الى الطالب فاذا

لم يفصل حتى أدى بنفسه كان له أن يرجع عليه بتلك الخمسمائة أيضا الا ان القابض للطعام قبضه بطريق الصلح على ان يبرئ المؤدى من رجوعه عليه لا على أن يرجع المؤدي عليه بخمسمائة فاذا آل الامر الى ذلك خير لان مبنى الصلح على التجوز بدون الحق فان شاء نقض الصلح ورد عليه الطعام وان شاء أمسك الطعام ورد عليه عوضه وهو خمسمائة وان شاء المؤدى للألف رجع بخمسمائة على الاصيل لانه اداها عنه بعد ما تحملها بأمره ورجع بخمسمائة على الكفيل الذى قبض الطعام الا أن يشاء الكفيل ان يرد عليه الطعام لما بينا (وحاصل فقه هذه المسئلة) ان الخمسمائة التى هى عوض عن الطعام لا يستوجب المؤدى الرجوع بها على الاصيل لانه صار مملكا اياها من المؤدى للطعام فيكون رجوعه بذلك على القابض للطعام خاصة الا أن يشاء القابض للطعام ان يرد عليه الطعام لانه قبضه منه على سبيل الحط والاغماض ولو صالح أحد الكفيلين صاحبه على عشرة دنانير ودفعها اليه على ان أبراه من حصته من الكفالة ثم ان الطالب صالح الكفيل الذى قبض الدنانير على تلك الدنانير باعيانها عن جميع المال وأداها اليه كان جائزا لانه ملك الدنانير وتم ملكه فيما قبضه من صاحبه فالتحق تعيينها من دنانيره فى جواز الصلح مع الطالب عليها من جميع المال ويكون هذا الصلح تمليكا منه لانعدام معنى الربا عند اختلاف الجنس ثم يكون للكفيل الذى صالح الطالب أن يرجع على الاصيل بخمسمائة درهم ويرجع الكفيل الآخر على الاصيل بخمسمائة أيضا لان الذى صالح الطالب قد يملك جميع الالف بهذا الصلح بمنزلة مالو أدى اليه جميع الالف وكان له أن يرجع على شريكه بخمسمائة لولا صلحه معه وقد صح صلحه معه عن الخمسمائة على الدنانير فيجعل ذلك الصلح بينهما كانه كان بعد اذنه فيتقرر كل واحد منهما فى الرجوع عن الاصيل بخمسمائة لان أداء الكفيل المصالح الاول عنه كادائه بنفسه وأيهما أخذ شيئا من الاصيل شاركه فيه صاحبه لان الدين الذي فى ذمة الاصيل مشترك بينهما وما يقبض أحد الشريكين من دين مشترك بينهما شاركه فيه صاحبه *ولو لم يكن هكذا ولكن أحد الكفيلين أدى المال كله الى الطالب ثم صالح الكفيل معه على مائة درهم على ان ابراه أو على عشرة دنانير على ان ابراه وقبض ذلك فهو جائز لانه بالاداء استوجب الرجوع على شريكه فى الكفالة بخمسمائة والصلح من الخمسمائة على مائة درهم أو على عشرة دنانير جائز وهما يتبعان الاصيل بالالف تامة لانهما صارا مؤديين عنه جميع الالف فان كان الصلح بينهما على الدنانير فالالف بينهما

نصفان لان مؤدى الدنانير يصير متملكا للخمسمائة بما أدى فالصلح يصح بطريق التمليك اذا أمكن والامكان موجود عند اختلاف الجنس فيكون رجوع كل واحد منهما على الاصيل بخمسمائة بمنزلة ما لو أدى الي صاحبه خمسمائة وان جرى الصلح بينهما على مائة درهم فالالف بينهما على عشرة اسهم لان صحة الصلح عنهما هنا بطريق الاسقاط فان مبادلة الخمسمائة بالمائة ربا فالمؤدى للمائة لا يأخذ الا مقدارها وابراء مؤدى الالف صاحبه عما زاد على المائة لا يكون ابراء الاصيل فيكون له ان يرجع على الاصيل بتسعمائة وللآخران يرجع عليه بالمائة فاذا اقتضاه شيئا منها يكون المقبوض بينهما على مقدار حقهما اعتبارا ولو صالحه على عرض أو حيوان كان مثل الصلح على الدنانير لان تصحيحه بطريق التمليك ممكن والصلح قبل الاداء وبعد الاداء جائز لان الدين يجب للكفيل عن الاصيل بالكفالة كما يجب للطالب على الكفيل بعين فى حق المطالبة (ألا ترى) ان الكفيل يطالب الاصيل بحسب ما تعامله الطالب مع الكفيل ويجوز صلح الكفيل مع الاصيل قبل الاداء وبعده واذا كان الدين طعاما قرضا أو غصبا فصالح أحد الكفيلين صاحبه على دراهم مسماة على أن ابرأه من خصومته فهو مثل الباب الاول لما بينا أن تصحيح هذا الصلح بينهما بطريق المبادلة ممكن فان أدى الذى قبض الدراهم والطعام كله كان لهما ان يتبعا الاصيل بذلك نصفين لان المؤدى للدراهم كان أصيلا فى حق صاحبه وأداء كفيله كأدائه بنفسه وقد تم ملكه فى حصته من الطعام بما أدى من الدراهم الى صاحبه فيرجع على الاصيل بذلك والمؤدى للطعام كفيل عن الاصيل بالطعام وقد أدى فيرجع عليه بما لم يصل اليه عوضه من صاحبه وذلك نصف الطعام فلهذا رجعنا عليه بالطعام نصفين وان أدى الطعام الذى دفع الدراهم اتبع صاحب الاصل بالجميع لانه كان كفيلا عنه بجميع الطعام وقد أدى فيرجع على الكفيل الذى قبض الدراهم بنصف ما أدى الطعام لانه دفع اليه الدراهم عوضا عن نصف الطعام الذى كان كفل به عنه ليؤديه الى الطالب ولم يفعل فيرجع عليه بذلك الا ان يشاء القابض للدراهم ان يرد الدراهم لانه قبضها بطريق الصلح ومبنى الصلح على التجوز بدون الحق فاذا آل الامر الى ان يلزمه رد نصف الطعام ويكمله عليه كان له أن يلتزم هذا الضرر ويرد عليه المقبوض من الدراهم ان شاء وان شاء الكفيل الذى أدى الطعام اتبع صاحبه فى الكفالة بجميع الطعام ليؤديه عنه الى الطالب فاذا لم يفعل حتى أدى بنفسه كان له ان يرجع عليه بذلك أيضا الا أن يشاء القابض للطعام

أن يرد عليه دراهمه مكان نصف الطعام فحينئذ يكون له ذلك فيدفع اليه دراهمه مع نصف الطعام فالمقبوض منه يكون مشتركا بينهما على قدر حقيهما وان كانا كفيلين عن رجل بمائة درهم و كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بها ثم ان أحد الكفيلين صالح الآخر على عشرة دراهم على ان ابراه ثم صالح الطالب الذى قبض العشرة على خمسة دراهم وأداها اليه فانه يرد تسعة ونصفا على الكفيل الذى معه ثم يرجعان جميعا على الاصيل بخمسة لان المؤدى للعشرة انما أداها الى صاحبها على أن يؤدى عنه العشرة وهو ما أدى الى الطالب مما كفل عنه الا درهمين ونصفا لانه أدى اليه خمسة وهى شائعة فى النصفين نصف ذلك مما هو فيه متحمل عن صاحبه فعرفنا انه أدى الى الطالب مما تحمل عن صاحبه درهمين ونصفا وصاحبه انما برئ مما بقى بابراء الطالب لان عند اتحاد الجنس يتعذر تصحيح الصلح بطريق المبادلة فلهذا رجع المؤدى للعشرة على صاحبه بسبعة ونصف ثم كل واحد منهما يؤدى عن الاصيل درهمين ونصفا حكما فيرجعان عليه بالخمسة كذلك *ولو لم يكن هكذا ولكن الذي عليه الاصل صالح أحد الكفيلين على عشرة دراهم ودفعها اليه فهو جائز بطريق الاسقاط لما وراء العشرة مما استوجب الرجوع به عليه عند الاداء فان أدى الكفيل الذى أخذ العشرة الى الطالب المائة درهم لم يرجع علي الاصيل ولا على صاحبه بشئ وقد صالح الاصيل على ما أخذ منه من العشرة وصار مبرئا له عما زاد علي ذلك فلا يرجع عليه بشئ عند الاداء والكفيل معه انما استفاد البراءة ببراءة الاصيل لا باداثه لان براءة الاصيل على أى وجه تكون تتضمن براءة الكفيل ولو أدى الكفيل الآخر المائة كان له أن يرجع على الكفيل الذى معه بخمسين درهما وعلى الاصيل بمثل ذلك لانه صار مؤديا عن الكفيل الذى معه مقدار الخمسين ولو لم يجر بين الكفيل الآخر وبين الاصيل صلح كان لهذا المؤدى أن يرجع على الكفيل الآخر عما أدى عنه بالكفالة وهو مقدار الخمسين فبعد صلحه أولى وقد كان كفيلا عن الاصيل بالخمسين الاخرى وأداها عنه ثم يرجع الاصيل على الكفيل الذى صالحه بخمسة دراهم لانه كان صالحه على عشرة دراهم ونصف ذلك مما كان هو الذى كفل به عنه ونصفه مما كفل به صاحبه على أن يكون هو المؤدي عنه فاذا لم يفعل كان له أن يرجع عليه بنصف تلك العشرة وهو خمسة وتسليم الخمسة الاخرى للمصالح لان الكفيل الآخر لما رجع عليه بخمسين كان له أن يرجع بذلك على الاصيل لولا صلحه معه على هذه الخمسة وابراؤه إياه

عما زاد عليها الى تمام الخمسين ولو صالح الاصيل الكفيلين جميعاً على عشرة دراهم من جميع الكفالة فهو جائز وأيهما أدى بالكفالة المائة الى الطالب فانه لا يرجع على الاصيل بشئ إلا بخمسة لان كل واحد منهما بالصلح قد أبرأه عما زاد على الخمسة الى تمام ما كفل عنه ولو أبرأه عن ذلك بعد الاداء سقط حقه في الرجوع عليه فكذلك قبل الاداء وان شاء رجع على صاحبه بالخمسة التي قبضها من الاصيل لانه انما كان قبض تلك الخمسة ليؤدي الى الطالب ماتحمل عن الاصيل ولم يؤد شيئا وانما أداه الآخر فيكون هو أحق بتلك الخمسة يقبضها منه ولا يتبعان بشئ لما بينا أو المراد بقوله لا يرجع المؤدى على الاصيل الا بخمسة سوى الخمسة التى قبضها صاحبه فى الكفالة لان المؤدى أدى تلك الخمسة بحكم الكفالة عن الاصيل وهو ما أبرأه منها فيرجع بها على الاصيل ان شاء ثم يرجع بها الاصيل على القابض منه وان شاء رجع بها على صاحبه لما بينا وان لم يؤد واحد من الكفيلين المال ولكن أدى الاصيل رجع على الكفيلين بعشرة دراهم بعينها لانهما استوفيا العشرة منه ليؤديا عنه ماتحملا من الدين ولم يوجد ذلك حين أدى هو المال بنفسه فكان له أن يرجع عليهما بتلك العشرة ولا يرجع بما زاد على ذلك لان رجوعه عليهما بحكم استيفائهما منه لا بحكم اسقاطهما عنه ولو صالحهما على ثوب ودفعه اليهما ثم انه أدى المائة الى الطالب رجع على كل واحد منهما بقبض نصف الثوب منه فى حكم المستوفى الخمسين بطريق المبادلة وانما استوفى على أن يؤدى عنه حق الطالب فاذا لم يفعل ولكن أداها صاحبه وقد كان كفيلا عنه بها كان له أن يرجع بتلك الخمسين عليه وان شاء رجع بها على الاصيل لانه يتحمل تلك الخمسين عن الاصيل وقد أداها فان رجع بها على الاصيل رجع بها الأصيل على الكفيل الذى لم يؤد شيئا إلا أن يشاء الكفيل أن يرد عليه نصف الثوب الذى صالحه عليه لانه استوفاها عنه ليؤديها عنه فاذا لم يفعل حتى أدى هو بنفسه الى الكفيل المؤدي عنه كان ذلك بمنزلة أدائه الى الطالب فيرجع بها على الذى لم يؤد شيئا إذ الذى لم يؤد شيئا صار مستوفيا بطريق التجوز بدون الحق فيتخير لذلك ولو لم يؤد مائة درهم ولكنه أدى عشرة دراهم فصالحه عليها الطالب فانه لا يرجع على شريكه فى الكفالة بخمسة دراهم ولكن الاصيل يرجع على الكفيل المؤدي للعشرة الي الطالب بأربعين درهما وعلى الكفيل الآخر بخمسين لان كل واحد منهما بقبض نصف الثوب منه صار قابضا للخمسين على أن يؤدى عنه ذلك الى الطالب ولم يفعل ذلك الذى

لم يؤد الى الطالب شيئا وانما برئ هو عن تلك الخمسين بابراء الطالب اياه فكان للاصيل أن يرجع عليه بتلك الخمسين الا أن يشاء هو رد نصف الثوب عليه والمؤدى للعشرة كان فى حكم القابض للخمسين منه أيضا على أن يؤدى ذلك عنه وانما أدى اليه عشرة فمازاد على العشرة انما برئ الأصيل عنه بابراء الطالب فيكون له أن يرجع على المؤدى للعشرة بقدر الاربعين لذلك ولا رجوع للمؤدى للعشرة على شريكه بنصف العشرة لانه قد استوفى من الاصيل هذه العشرة وزيادة فكيف يرجع بشئ منها على شريكه ولو لم يؤد شيئا ولكن الاصيل صالح الطالب على عشرة دراهم فانه يرجع على كل واحد من الكفيلين بخمسين درهما إلا أن يشاء رد الثوب عليه لان كل واحد منهما فى حكم المستوفى للخمسين منه ولكن بطريق التجوز بدون الحق ولو كان الاصيل صالح الكفيلين على عشرة دراهم وكان أحد الكفيلين صالح الطالب على أربعة دراهم فانه لا يرجع على صاحب الدرهمين اللذين أدى عنه لما بينا انه قبض ذلك من الاصيل وزيادة ولكن يرد درهما على الاصيل لانه قبض من الاصيل خمسة وما أدى عنه الى الطالب إلا أربعة فانما برئ عما زاد على الاربعة بابراء الطالب ويرد صاحبه خمسة دراهم على الاصيل لان صاحبه استوفى من الاصيل خمسة دراهم ولم يؤد عنه شيئا وانما برئ هو من حصة صاحبه بابراء الطالب ولو كان الأصيل صالحهما على ثوب ثم ان أحدهما صالح الطالب على دراهم على ان أبرأه من جميع المال لم يرجع على شريكه بشئ لانه انما أدى الى الطالب درهما وقد صار مستوفيا من الاصيل مقدار الخمسين بالصلح على الثوب فلهذا لا يرجع على شريكه بشئ ولكن المصالح مع الطالب يرد على الاصيل تسعة وأربعين درهما وصاحبه يرد على الاصيل خمسين درهما لان كل واحد منهما صار مستوفيا للخمسين درهما من الاصيل على أن يستفيد الاصيل البراءة من حق الطالب باداثهما ولم يوجد ذلك فالذى صالح الطالب على الدراهم انما أدى عنه الدراهم فقط فيرد عليه مازاد على ذلك الى تمام الخمسين والآخر لم يؤد عنه شيئا الى الطالب فيرد عليه ماصار مستوفيا منه وذلك خمسون درهما واذا كفل رجل بمال مؤجل ثم فاوض رجلا ثم حل الاجل لم يلزم شريكه من ذلك شئ أما عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فلان عقد المفاوضة لا يوجب المساواة بينهما فى ضمان الكفالة ان لو كانت الكفالة بعد الشركة فاذا كانت قبلها أولى وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فلان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلا عن صاحبه فيما يجب على صاحبه بسبب باشره بعد

الشركة وهذا المال انما لزمه بسبب باشره قبل الشركة لان وجوب المال عليه بسبب الكفالة لا بحلول الأجل والاجل الذى كان مانعا من المطالبة يرتفع بمضى المدة فيبقى المال عليه بسبب الكفالة وقد كان قبل الشركة فهو بمنزلة مالو اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم فاوض رجلا ولو كفل بالمال مؤجلا وهو مفاوضة ثم فارقه أو صار شريكه فانه يلزم شريكه جميع الكفالة فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان المال انما لزمه بسبب باشره فى حال قيام الشركة بينهما وانما كان زوال المانع بعد انقطاع الشركة وكما وجب المال بمباشرة السبب على الذي باشره وجب على الآخر بحكم الكفالة عنه فيفسخ الشركة وانفساخها بالموت لا يسقط عنه ما كان لزمه كما لو اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم تفاسخا الشركة فان أداها الشريك قبل الفرقة أو بعدها كان له أن يرجع على الذى أمر شريكه بالكفالة لانه كما قام مقام الشريك فى وجوب المال عليه والأداء الى الطالب فكذلك فى الرجوع على الاصيل وهذا لان بالكفالة كما وجب المال للطالب على كل واحد من الشريكين وجب أيضا لكل واحد منهما على الاصيل الذى أمر أحدهما بالكفالة لان أمره أحدهما كأمره اياهما فانهما بعقد المفاوضة صارا كشخص واحد وكذلك لو أداه بعد موت الكفيل لانه مطالب بالمال بعد موته كان مات قبله فان مات المفاوض الذي لم يكفل قبل حل الاجل فالمال يحل عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يحل على الحى منهما لان الاجل كان ثابتا فى حق كل واحد منهما إلا أن الميت استغنى عن الاصيل بموته والحى يحتاج الى ذلك والميت لا ينتفع ببقاء الاجل بل يتضرر بذلك لان يد الوارث لا تنبسط فى التركة والحى ينتفع بالاجل فيبقى الاجل فى حق الحى منهما دون الميت وحلول المال على الميت منهما بعد الموت لا يوجب حلوله على الآخر لان الشركة قد انقطعت بموته فأما فى شركة العنان والمضاربة اذا كفل أحدهما بمال أو نفس لم يلزم شريكه منه شئ لان الشركة بينهما تتضمن الوكالة فى التجارة دون الكفالة فالدين الذي يجب على أحدهما بمباشرة سببه يكون الآخر كالاجنبي فيه فلا يطالب بشئ منه واذا كان لرجل على رجل حنطة سلم وبه كفيل فأداه الكفيل ثم صالح المكفول عنه على دراهم أو عرض أو مكيل أو موزون يدا بيد فهو جائز لان مايرجع به الكفيل على الاصيل ليس بسلم فان السلم اسم لما يجب بعقد السلم وهذا انما يجب للكفيل على الاصيل بعقد الكفالة وهو عقد آخر سوى السلم (ألا ترى) أنه لو كفل ببدل الصرف أو برأس مال السلم وأداه في المجلس ثم فارق الأصيل قبل أن يرجع به عليه جاز ذلك لان مايرجع به

الكفيل على الاصيل بمنزلة بدل القرض فان الكفيل يصير مقرضا ذمته من الاصيل بالالتزام للمطالبة بالكفالة ثم يصير مقرضا ماله منه بالاداء عنه فما يرجع به عليه يكون بدل القرض والاستبدال ببدل القرض صحيح ولو كان شيء من ذلك نسيئة لم يجز الا الطعام لان ذلك يكون دينا بدين فأما اذا صالحه بكر من حنطة الى أجل فهو جائز لانه لامبادلة هنا بل هو تأجيل فى عين ما استوجب الرجوع به عليه * فان قيل فأين ذهب قولكم انه بمنزلة القرض والاجل فى القرض لا يلزم * قلنا هو فى حكم القرض وأما فى الحقيقة فليس بقرض بل هو واجب بعقد ما لا وهو الكفالة والاجل فى القرض انما لم يلزم بمنزلة الاعارة وهو غير موجود فيما وجب بعقد الكفالة فلهذا صح تأجيله فيه ولو صالحه على شيء قبل أن يؤدي كان جائزا لانه بنفس الكفالة وجب الدين للكفيل على الاصيل كما وجب للطالب على الكفيل ولكنه مؤجل على أن يؤدي عنه والصلح عن الدين المؤجل قبل حلول الاجل صحيح فان أدى الاصيل الطعام الى الطالب رجع على الكفيل بطعام مثله فى ذلك كله (ما خلا خصلة واحدة) وهى ما اذا كان صالحه على طعام أقل من ذلك فانه لم يرجع الا بمثل ما أعطاه لان هذا كان منه اسقاطا لبعض حقه واستيفاء للبعض فلا يرجع عليه الا بقدر ما أوفاه وفيما سواه كان الصلح بينهما مبادلة وكان الكفيل كالمستوفي منه جميع الطعام بما أخذه من عوضه وانما استوفى ذلك ليقضى عنه ماعليه للطالب فاذا لم يفعل كان للاصيل أن يرجع عليه بما استوفى منه كما اذا أوفاه الطعام حقيقة ولو أخذ الكفيل الطعام من الاصيل قبل أن يؤديه ثم أداه كان التأجيل صحيحا لانه استوجب المال عليه بعقد الكفالة قبل الاداء والتأجيل فى الدين بعد وجوبه صحيح ولو صالح الكفيل الاصيل على دراهم ثم افترقا قبل أن يقبضها فالصلح باطل لانه استوجب عليه الطعام دينا فاذا صالحه على دراهم كان دينا بدين فلا يكون عفوا بعد المجلس والدراهم لاتتعين بالتعيين ما لم تقبض وكذلك لو صالحه على شيء بغير عينه مما يكال أو يوزن ما خلا الطعام فانه ان صالحه على نصف كر حنطة الى أجل فهو جائز لانه لامبادلة بينهما فى هذا الصلح وانما حط عنه نصف الكر وأجله فى ذلك النصف وذلك مستقيم والله أعلم

باب الكفالة والحوالة إلى أجل

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل مائة درهم الى أجل مسمى فضمنها رجل عنه الى

أجل دون ذلك أو أكثر منه أو مثله فهو جائز على ماسمي أما اذا لم يسم الكفيل شيئا فالمال عليه الى ذلك الاجل لانه بالكفالة انما يلتزم المطالبة التي هي ثابتة على الاصيل والمطالبة بهذا المال على الاصيل بعد حل الاجل فيثبت ذلك على الكفيل أيضا وأما اذا كفل به الى مثل ذلك فقد صرح بما هو مقتضى مطلق الكفالة والتصريح بمقتضى العقد لا يزيده الا وكادة وأما اذا كفل به الى أجل دون ذلك فلانه لو كفل به حالا لزمه المال في الحال لان الاصيل لو أسقط الاجل لزمه المال في الحال فكذلك الكفيل وكفالته على أن يؤديه حالا بمنزلة اسقاط الاجل فاذا جاز في جميع الاجل جاز في بعضه وان كفل به الى أجل أكثر من ذلك فلانه لو كان المال حالا على الاصيل فكفل به الكفيل الى أجل مسمى صح ولم يطالب الكفيل الا بعد حل الاجل فكذلك اذا كفل به الى أجل أكثر من الاجل في حق الاصيل فان كان أصل المال حالا فأخذ الطالب المطلوب حتى أقام له به كفيلا الى سنة فهو جائز والتأخير عنهما جميعا لانه أضاف التأجيل الى أصل المال وأصل المال ثابت في ذمة المطلوب فيثبت الاجل فيه ثم يثبت في حق الكفيل بثبوته في حق الاصيل وهذا بخلاف ما اذا أجل الكفيل سنة لان التأجيل هنا غير مضاف الى أصل المال بل هو مضاف الى المطالبة التي التزمها الكفيل بالكفالة فيبقى أصل المال حالا على الاصيل ولو أن الكفيل أخر المطلوب بعد الحل الى أجل مسمى كان التأخير عن المطلوب للكفيل دون الطالب لانه أضاف التأخير الى ما استوجبه على الاصيل بالكفالة وذلك في حكم دين آخر سوى دين الطالب ولان التأخير تصرف من الكفيل باسقاط حق المطالبة الى مدة وذلك صحيح منه على نفسه دون الطالب (ألا ترى) أنه لو صالحه على ثوب أو أبرأه عن بعضه جاز ذلك عليه دون الطالب ولم يرجع به على المكفول عنه حتى يمضي الاجل كما لو أجله بعد الاداء ولو أجل المال عليهما ثم أخر الطالب الاصيل سنة فهو تأخير عنهما ولو أخر الكفيل سنة كان له أن يأخذ الاصيل بها حالة اعتبارا للتأجيل بالابراء فكما أن ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل وابراء الاصيل يوجب براءة الكفيل فكذلك التأخير وبعد ما أخر الاصيل اذا أدى الكفيل المال قبل الاجل لان اسقاط الكفيل الاجل صحيح منه فيما بينه وبين الطالب ودعواه غير صحيحة منه في حق المطلوب وان كان أخر الكفيل سنة ثم أداه الكفيل قبل الاجل كان له أن يرجع على الاصيل في الحال لان المال حال على الاصيل (ألا ترى) أن الطالب كان يطالبه به حالا فكذلك الكفيل يطالبه حالا بعد الاداء

بخلاف ماسبق والكفالة بالقرض الى أجل مسمى جائزة لان بدل القرض مضمون تجرى النيابة فى أدائه فتصح الكفالة به وهو على الكفيل الى أجل وعلى المكفول عنه حالا لما بينا أن الكفيل انما التزم المطالبة بالعقد وذلك يقبل التأخير بالتأجيل ولو كفل رجل مالا عن رجل ثم كفل به عن الكفيل كفيل آخر وأخر الطالب عن الاصيل سنة فهو تأخير عن الكفيلين لان أصل المال فى ذمة الاصيل فاذا صار مافى ذمته مؤجلا ثبت الاجل فيما هو بناء عليه (ألا ترى) انه لو أبرأ الاصيل منها برئ الكفيلان جميعا وان أخر عن الكفيل الاول فهو تأخير عنه وعن الكفيل الآخر والمال على الاصيل حال اعتبار التأجيل بالابراء وهذا لان المطالبة التى التزمها الكفيل الثانى بناء على المطالبة التى هى على الكفيل الاول فالتأجيل فى حق الكفيل الاول يكون تأجيلا فى حق الثانى دون الاصيل ولو كفل رجل عن رجل بألف درهم الى سنة ثم ان الكفيل باع الطالب بها عبدا قبل الاجل وسلمه اليه فاستحق العبد فالمال على الكفيل الى أجله بمنزلة مالو كانت هذه المعاملة للطالب مع الاصيل وهذا لان الاجل انما سقط حكما للعقد وقد انتقض العقد من الاصيل باستحقاق العبد فكان المال عليه الى أجله وكذلك لو رده المشترى بعيب بقضاء قاض لان الرد بالعيب بقضاء القاضى فسخ للعقد من الاصل ولو رد بغير قضاء قاض ولم يسم أجلا فالمال حال على الكفيل لان هذا بمنزلة الاقالة بمنزلة العقد الجديد فانها تعتمد التراضى الا انها جعلت فسخا فيما بين المتعاقدين فيما هو من أحكام العقد الذي جرى بينهما والاجل ليس من ذلك فى شئ فكان فى حكم الاجل هذا بمنزلة عقد مبتدا فلا يثبت الاجل فى بدله الا بالشرط ولو كان قضاه الالف معجلة نبهرجة فوجدها ستوقة فردها عليه كان المال عليه الى أجله لانه تبين انه ماصار قابضا لدينه وسقوط الاجل من حكم قبضه فاذا لم يصر قابضا كان المال مؤجلا عليه وكذلك ان وجدها زيوفا فردها بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض لان الرد بعيب الزيافة فسخ للقبض من الاصل بدليل أن الراد ينفرد به وان يرجع بموجب العقد والعقد لا يوجب التسليم مرتين فلو لم ينتقض القبض من الاصل ما كان له أن يرجع بموجب العقد وهذا لان الزيوف غير الجياد التى هى دين في الذمة فالمقبوض انما يكون حقا له على أن يتجوز به فاذا لم يتجوز به ورده عرف أن المقبوض لم يكن حقاله وسقوط الاجل كان باعتبار أنه قبض حقه فاذا انعدم ذلك بقى الاجل كما كان وان كان حين أعطاه المال أعلمه انها زيوف فهو جائز لانه تجوز

بدون حقه فيصير الكفيل به قابضا دينه ولا يجعل هـذا مبادلة للاجل بالصفة لانه كان من غير شرط بينهما وانمـا تحقق المبادلة اذا كان شرط ثم يرجع الكفيل علي الاصيل بالجياد لانه بالكفالة استوجب ذلك عليـه ولو أن الكفيل أحاله بالمـال على رجل الى أجل أو حال فمات المحتال عليه مفلسا رجع المال على الكفيل الى أجله لان الحوالة تنفسخ بموت المحتال عليه مفلسا على ما بينا فانما يعود الحكم الذى كان قبل الحوالة وهو أن المال عليه الي أجله ولو كفل رجل عن رجل بألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه على أن المـال على أحدهما الى سـنة وعلى الآخر الى سنتين فهو جائز لان هذا هو الشرط لما جاء فى الحديث الشرط أملك أي يجب الوفاء به اذا أمكن وهو ممكن هنا لما بينا أن ما يلتزمه كل واحد من الكفيلين ينفصل عما يلتزمه الآخر في حكم الاجـل فان حل الاجل على صاحب السـنة بأدائه رجع به على الاصيل لان المال عليـه حال وقد كفل هـذا الكفيل عنه بأمره وأداؤه لا يرجع به على الكفيل الآخر حتى تمضى سنة أخرى لان المال عليه مؤجل الى سنتين وهو كفيل عنه الى سنة فكما أن الطالب لا يطالبه بذلك إلا بعد سنتين فكذلك المؤدى عنه بحكم الكفالة لا يطالبه بشئ منـه حتى تمضى السنتان ولو كان الاصيل باع الطالب عبـدا بالمـال وسلمه اليـه برئ الكفيل من الكفالة لبراءة الاصيل فان رد الطالب العبد عليه بعيب بغير قضاء قاض لم يرجع المال على الكفيل لان هذا الرد بمنزلة عقد مبتدإ فى حق الكفيل وان رده بقضاء قاض أو استحق العبد من يده رجع المال على الكفيل لان بهذا السبب ينفسخ العقد من الاصل فى حق الكل فيعود ما كان قبل العقد وهو المـال على الاصيل والكفيل جميعا واذا كان لرجل علي رجل ألف درهم حالة أو الى سنة فأحاله بها على رجل الى سنة ثم مات المحيل وهى علي المحتال عليه الى الاجل لان بالحوالة تحول أصل المال الي ذمة المحتال عليه وثبت الاجل حقا له وهو حى محتاج الى الاجل فيبقى الاجل فى حقه بعد موت المحيل وان مات المحتال حـل المال عليه لانه استغنى عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء رجع المال الى المحيل فان كان الى أجل فهو عليه الى ذلك الاجل وان لم يكن له أجل فهو حال عليه لان الحوالة تنفسخ بموت المحتال عليه مفلسا فعاد ما كان من الحكم قبل الحوالة ولو كان لرجل على رجل ألف درهم قرض وللمطلوب على آخر ألف درهم قرض فأحال المطلوب الطالب بالالف التى للمطلوب على الآخر الي سـنة فهو جائز وهى له الي سنة لانها انمـا تجب للطالب على المحتال عليه بعقد

الحوالة والواجب بعقد الحوالة كالواجب بعقد الكفالة في صحة اشتراط الاجل فيه وليس للمحيل أن يأخذ المحتال عليه بالألف التي كانت له عليه لانه انما قبل الحوالة مقيدة بذلك المال فصارت مشغولة بحق الطالب ولا يبقى للمحيل سبيل على أخذها لو كانت عيناً له في يد المحتال عليه فكذلك اذا كانت دينا في ذمته وان أبرأه منها أو وهبها له لم يجز لان حق الطالب تعلق بها وذلك يوجب الحجر على المحيل عن التصرف فيها ولو صح منه هذا التصرف بطل حق الطالب قبل المحتال عليه لانه ماالتزم الحوالة بالمال مطلقة وانما التزمها مقيدة بذلك المال فاذا سقطت عنه بالابراء أو الهبة لم يبق عليه مطالبة بشئ (ألا ترى) أن الحوالة لو كانت مقيدة بوديعة في يد المحتال عليه فهلكت تلك الوديعة بطلت الحوالة فان مات المحيل وعليه دين فما كان قبض المحتال له في حياته فهو له ومالم يقبضه فهو بينه وبين الغرماء وعلى قول زفر رحمه الله الطالب أحق به من الغرماء لانه بمنزلة المرهون وقد تقدم بيان هذه المسئلة فيما أمليناه من شرح الزيادات ولو أحال رجل رجلا على رجل بألف درهم الى سنة ثم ان المحتال عليه ترك الاجل وجعلها حالة كان ذلك جائزا لان الاجل حقه فيسقط باسقاطه كما لو أسقط الاصيل الاجل قبل الحوالة فان أداها لم يرجع بها على الاصيل المحيل حتى يمضي الاجل لان اسقاط الاجل صحيح في حقه لا في حق المحيل ولو كان دينا للمحيل على المحتال عليه ثم ان المحيل قضي المال من عنده كان له أن يرجع بها على المحتال عليه وليس هذا بتطوع عنه لان أصل دينه بقي على المحتال عليه الا أنه كان لا يطالبه به لاشتغاله بحق الطالب فاذا زال ذلك الشغل بأن قضاه المال من عند نفسه كان له أن يرجع بها على المحتال عليه وانما لم يجعل هذا تطوعا منه لانه قصد به تخليص ذمته عن حق الغرماء بخلاف ما اذا قضاه عنه غيره فانه يكون متطوعا في ذلك لانه ماقصد هذا المؤدى تخليص شئ لنفسه وهو نظير المعير للرهن اذا قضى الدين لم يكن متبرعا فيه بخلاف ما اذا قضاه غيره واذا كان المؤدى متطوعا كان المال الذى عليه له لاسقوط دين الطالب عنه بابراء المتطوع كسقوطه بأداء نفسه ولو أحال رجل بمال لابنه الصغير على رجل الى رجل لم يجز وكذلك الوصي لان الحوالة ابراء الاصيل والاب والوصى لا يملكان الابراء في دين الصغير وكذلك الوكيل اذا لم يفوض اليه الموكل ذلك والمراد الوكيل بالقبض لانه نائب في الاستيفاء وقبول الحوالة ابراء للاصيل وليس باستيفاء فاما الوكيل بالعقد اذا أحال رجل على رجل بمال الى أجل ثم ان المحتال عليه أحاله على آخر الى

أجل مثل ذلك أو أكثر أو أقل لم يكن له أن يرجع على الطالب حتى يقبض الطالب ماله لان بالحوالة لم يصر الطالب مستوفيا شيئا والمال بعرض العود على الأصيل فانه تنفسخ الحوالتان بموت المحتال عليه عليهما مفلسين ولو احتال رجل على رجل بمال الى أجل ثم مات المحتال عليه وترك وفاء وعليه دين فكان فى طلب الغرماء وقسمته تأخير بعد الاجل لم يكن للطالب أن يرجع على الاصيل حتى ينظر الي ما يصير أمره لان الحوالة باقية بعد موت المحتال عليه مليا فان تركته خلف فيما هو المقصود وهو قضاء الدين منه ومع بقاء الحوالة لاسبيل للطالب على المحيل في المطالبة بشئ والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب الأمر بالضمان

(قال رحمه الله) واذا أمر رجل رجلا أن يضمن لرجل ألف درهم وليس بخليط له فضمنها له فهي لازمة الكفيل يأخذه بها الطالب لانه التزمها وهو من أهله والمضمون ما يكون لازما فى ذمته ويكون هو مجبرا على أدائه فاذا أداها لم يرجع بها على الآمر لانه لم يأمره أن يضمن عنه ولم يشترط الكفيل لنفسه ضمانها عليه وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الاول رحمه الله ثم رجع فقال يرجع بها على الذى أمره لان أمره اياه بالضمان بمنزلة الاعتراف منه أن المال عليه وانه يلتزم المطالبة عليه من المال ويسقط المطالبة عنه بالاداء وقد بينا هذه المسئلة فأعادها فى الفروع ولم يذكرها فيما سبق وقال ان قال الكفيل انى لم أضمن لك دينا كان لك على أحد وانما ضمنت لك مالا لم يكن عليّ ولا على غيرى فان الطالب لا يكلف شيئا ولا يطلب منه تفسير وجه هذا المال من أين كان وكيف كان ولكن كان الكفيل يؤخذ بالضمان باقراره أو بالبينة التى قامت للطالب عليه بالضمان والكفيل هو الذى ضيع حقه حين كفل على وجه لا يستطيع الرجوع به على أحد وهذا لان مطلق العقود الشرعية محمولة على الصحة وقد باشر الكفيل الكفالة ظاهرا ووجه صحتها أن يكون ملتزما للمطالبة بما هو واجب على الأصيل فيصير هو مقرا بذلك ثم هو بالكلام الثانى رجع عما أقر به أولا فيكون رجوعه باطلا واقراره وان لم يكن حجة على غيره فهو حجة عليه بمنزلة مالو قال ان لفلان على فلان ألف درهم وأنا بها كفيل عنه بأمره وأنكر الاصيل ذلك كله فان المقر يطالب بالمال ولا يرجع به على أحد اذا أدى وكذلك لو قال رجل لآخر أكفل لفلان بألف درهم

ففعل أو قال احتال عليك فلان بألف درهم فأشهد له الآخر انه قال احتال عليه بألف درهم فالمال لازم للكفيل لمباشرته سبب الالتزام وهو الكفالة والحوالة وليس على الآمر من ذلك شيء لانه أمره بالكفالة عنه وليس من ضرورة أمره اياه بالكفالة والحوالة وجوب أصل المال عليه لان الكفالة والحوالة من المباشر كما تجوز بالمال الذى على الآمر لفلان تجوز بالمال الذي على غيره لفلان ويحتمل أن يكون الآمر رسول ذلك المطلوب اليه أو فضوليا أمره بذلك ومع الاحتمال لا يثبت المال عليه وكذلك لو كان الامر عبدا أو مكاتبا أو صبيا وان كان المأمور صبيا تاجرا لم يجب عليه الضمان لانه ليس من أهل الالتزام بالكفالة سواء كان المال على الآمر أو غيره وان كان المأمور مرتدا فان أسلم فضمانه جائز عليه وان قتل على الردة فضمانه باطل فى قول أبي حنيفة رحمه الله كسائر تصرفاته وان لحق بالدار فذلك بمنزلة موته فنقول ان رجع مستأمنا أخذناه بالضمان هكذا فى بعض النسخ من الاصل والصحيح فان رجع مسلما لان المرتد لا يعطى الامان واذا خرج مستأمنا قتل على الردة ان لم يسلم وكان الضمان باطلا عند أبي حنيفة رحمه الله واذا قال رجل لآخر اضمن لفلان ألف درهم التى له على أو قال أحلت لفلان عليك بألف درهم له على أو قال اضمن لفلان ألف درهم على انها لك على أو قال على أنى ضامن لها أو قال على أنى كفيل بها أو قال على أن أؤديها اليك أو قال على أن أؤديها عنه فضمن له فهو جائز ويرجع به الكفيل على الامر اذا أداه لان فى كلام الآمر تصريحا بوجوب المال عليه للطالب فيكون هذا أمرا منه للمأمور فى ذمته مما يؤديه من ماله أو التزاما له ضمان مايؤديه الى الطالب وذلك يثبت حق الرجوع له عليه اذا أدى واذا أمر رجل خليطا له أن يضمن لفلان ألف درهم فضمنها له والآمر مقر بأن الألف عليه فأدى الكفيل المال رجع به على الآمر استحسانا لان الخلطة بينهما تقوم مقام تصريحه بالامر بالكفالة عنه فان الخلطة بينهما مقصودة لهذا وهو أن يؤدي عنه ماعليه ليرجع به عليه فنزل ذلك منه منزلة قوله اضمن لفلان عنى والخليط عندنا هو الذى يأخذ منه ويعطيه ويداينه ويضع المال عنده وكل من فى عياله فهو بمنزلة الخليط نحو ابنه الكبير اذا كان فى عياله لانه يحفظ ماله في يده ولهذا لو وضع الوديعة عنده لم يكن ضامنا وكذلك ان أمر الابن أباه والابن كبير في عيال أبيه أو المرأة زوجها فهو مثل ذلك كل واحد منهما يحفظ ماله بيد صاحبه فذلك بمنزلة الخلطة بينهما واذا أحال رجل رجلا على رجل بألف درهم كانت للمحيل

على المحتال عليه فأداها فقال المحيل المال لي وقال المحتال المال لى فالقول للمحيل لان وجوب المال للمحيل على المحتال عليه معلوم ووجوب المال للمحتال غير معلوم وفى هذه الحوالة احتمال يجوز أن يكون المحتال وكيلا له فى قبضها من المحتال عليه ويجوز أن يكون مقصوده اسقاط مطالبة المحتال عن نفسه بمال كان له عليه فلا يجب المال بالشك للمحتال على المحيل ولا يثبت مع الاحتمال الا أدنى الامرين وهو أن يكون المحتال وكيلا للمحيل في قبض المال فاذا قبضها أمر بتسليمها اليه حتى يثبت دين نفسه على المحيل وكذلك لو قال له اضمن له ألفى التى لى عليك أو اكفل له بألفى التى لى عليك لانه ليس فى كلامه اقرار بوجوب المال للطالب على الآمر ويحتمل أن يكون وكيلا له فى قبضه من مديونه ولو أن رجلا أتى خليطا له فقال اضمن لفلان ألف درهم فضمنها له وأداها اليه فللآمر أن يأخذها من المضمون له وهو وكيل للآمر في ذلك وليس للكفيل أن يمتنع من دفعها الى المكفول لانه ليس في كلامه اقرار بوجوب المال المضمون له عليه والخلطة بين الآمر وبين الضامن لا بينه وبين المضمون له وتلك الخلطة لا تكون دليل وجوب المال المضمون له على الآمر فلهذا كان المضمون له وكيل الآمر اذا قبض المال أمر بالدفع اليه وليس للضامن أن يمتنع عليه من دفعها الى المضمون له لانه التزمها له بعقد الكفالة الا أن يحضر الآمر فان حضر وادعى أن المال له على المأمور كلف اقامة البينة على ذلك والا حلف المأمور وبرئ منهما فاذا حلف برئ من حق الآمر والمضمون له وكيل من جهته وبراءته عن مطالبة الموكل توجب البراءة من مطالبة الوكيل ضرورة لانه ادعى لنفسه دينا عليه فيحتاج الى اثباته بالبينة واذا لم يكن له بينة فالقول قول المنكر مع يمينه ولو كان المأمور ليس بخليط للآمر كان الضمان جائزا لانه التزمه بعقد الكفالة والمال للمكفول له دون الامر لان المكفول له لا يمكن أن يجعل وكيلا للآمر هنا فان ذلك لا يكون الا بعد وجوب المال للامر على المأمور وليس فى لفظه مايدل على ذلك ولا يثبت بينهما بدل على أنه انما ضمن المال له وكان هذا التزاما من المأمور للمكفول له خاصة ولو كان الكفيل خليطا للمكفول له لم يرجع على الآمر بشئ لانه لاسبب بين الآمر وبين المأمور والخلطة التي بين الكفيل والمكفول له لا تكون دليلا على أن الآمر انما أمر المأمور بالضمان عنه فلهذا لا يرجع عليه بشئ الا فى قول أبى يوسف الآخر رحمه الله على ما بينا والله أعلم بالصواب

باب تكفيل القاضي في الدعوى

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل على رجل مالا عند القاضي فأنكره وسأل المدعي أن يأخذ له كفيلا منه بنفسه وادعى أن له بينة حاضرة أخذ له منه كفيلا معروفا بنفسه ثلاثة أيام وفي القياس لا يأخذ كفيلا لآخر بنفس الدعوى لا يجب شئ على الخصم لكون الدعوى خبرا محتملا للصدق والكذب وفي الاجبار على اعطاء الكفيل إلزام شئ أباه وانما تركنا القياس للتعامل من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فان القضاة يأمرون بأخذ الكفيل من الخصوم من غير نكير منكر ولا زجر زاجر وفيه نظر للمدعي لانه اذا أحضر شهوده فلابد من حضور الخصم ليشهدوا عليه وربما يهرب أو يخفى شخصه فيعجز المدعي عن اثبات حقه عليه وفي أخذ الكفيل بنفسه ليحضره نظر للمدعي ولا ضرر فيه على المدعى عليه فهو نظير الاستحلاف والخصم يستحلف عند طلب المدعي بعد انكاره وان لم يتوجه له حق في تلك الدعوى ولكن فيه منفعة للمدعي من غير ضرر فيه على الخصم اذا كان محقا في انكاره وكذلك الاشخاص الى بابه يثبت بنفس الدعوى بما لها من النظر للمدعي فكذلك أخذ الكفيل وشرط أن يكون الكفيل معروفا لان مقصود المدعي لا يحصل بالمجهول فقد يهرب ذلك المجهول مع الخصم والتعذير بثلاثة أيام ليس بلازم ولكن يأخذ كفيلا الى المجلس الثاني وقد كان القاضي فيهم يجلس بنفسه كل ثلاثة أيام وان كان يجلس في كل يوم فربما يعرض للمدعي عارض فيتعذر الحضور في المجلس أو المجلسين وانما أخذ الكفيلين لنظر المدعي فيؤخذ الكفيل على وجه لا يؤدي الى التعنت في حق المدعي وان قال بينتي غيب لم يأخذ له منه كفيلا لانه لا فائدة في أخذ الكفيل هنا فالغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب يؤب وان أراد المدعي استحلاف الخصم يمكن منه في الحال فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل وكذلك ان أقام شاهدا واحدا لان بالشاهد الواحد لا يثبت للمدعي شئ كما يثبت بنفس الدعوى وان قال لا بينة لي وأنا أريد أن أحلفه فخذ لي منه كفيلا لم يأخذ منه كفيلا ولكنه يستحلفه مكانه لان حكم اليمين لا يختلف باختلاف الاوقات والقاضي مأمور بفصل الخصومة في أول أحوال الامكان وذلك في أن يستحلفه للحال بكون المدعي طالبا لذلك فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل وان قال بينتي حاضرة فخذلي منه كفيلا فقال المطلوب له ولي كفيل فانه يأمر الطالب أن يلزمه ان أحب حتى يحضر شهوده لان الملازمة فعل متعارف قد كان على عهد

رسول الله صلى الله عليه وسلم على ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم مرّ على أبيّ بن كعب رضي الله عنه وهو يلازم غريما له الحديث وليس تفسير الملازمة أن يقعده في موضع ويقعد الى جنبه فان ذلك حبس وليس له ذلك قبل أن يثبت دينه عليه ولكن (تفسير الملازمة) أن يدور معه حيثما دار فاذا دخل على أهله قعد من يلازمه على باب داره وان كان يخاف أن يهرب من جانب آخر فاما أن يقعد معه على باب داره حيث يراه أو يأذن له في أن يدخل معه ليلازمه اذ المقصود هو الامن من هروبه والتمكن من احضاره اذا أحضر شهوده ولا يحصل الا بذلك وان أحب أن يستحلفه فعل لان اليمين حق الدعوى قبل المدعى عليه وله فيه غرض صحيح وهو التوصل الى حقه في أقرب الاوقات بنكوله وفيه اختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهما الله وموضع بيانه شرح أدب القاضي للخصاف رحمه الله ولا ينبغي أن يسجنه لان الحبس أقوى العقوبات في دعوى المال فلا يثبت بمجرد الدعوى قبل أن يثبت المال عليه وان قال الطالب خذلي منه كفيلا بالعين التي ادعيتها في يده أخذ له كفيلا بها أيضا لانه لا يتمكن من إقامة البينة الا باحضار العين وربما يخفيها الخصم ولا وجه لاخراجها من يده قبل اقامة المدعي حجته وكان أخذ الكفيل بها وأخذ الكفيل بنفسه سواء وان كان الكفيل بنفسه وبذلك الشيء واحدا جاز لان المقصود حاصل وان أراد الطالب كفيلا بنفسه ووكيلا في خصومته فان القاضي يأمر المطلوب أن يعطيه ذلك ثلاثة أيام هكذا قال هنا لان الخصم ربما لايبالي بالكفيل بالنفس ويهرب فلا يتمكن المدعي من اثبات حقه بالبينة على الكفيل وفي الزيادات قال لا يجبر على اعطاء الوكيل في خصومته هذا هو الاصح لان المدعى عليه يقول أنا أهدي الى الخصومة من غيري خصوصا في هذه الحادثة وربما لا ينظر الوكيل ولا يشتغل بالدفع بما أشتغل به اذا حضرت ففي الاجبار على اعطاء الكفيل اضرار به والقاضي ينظر لأحد الخصمين على وجه لا يضر بالآخر فاذا أراد الطالب أن يكون ضامنا لما قضى له عليه فان القاضي لا يجبر المطلوب على ذلك لان بعد اثبات الدين لا يجبر الخصم على اعطاء الكفيل به فقبل اثباته أولى وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى عينا فان هناك لا يتمكن من اثبات المدعى الا باحضار العين وهنا يتمكن من اثبات الدين عند احضار الخصم وانما الكفيل بالمال هنا للتوثق لجانب المطالبة ولم تتوجه له مطالبة بالمال قبل اثباته فكيف يجبر على اعطاء الكفيل به وان بعث القاضي مع الطالب رسولا يأخذ له كفيلا فكفل به الكفيل

الطالب أو أحضره القاضي فكفل عنده ثم رده الكفيل الى الطالب برئ لان الكفالة كانت له وقد أوفاه حقه حين سلم نفس الخصم اليه وان كانت الكفالة للقاضي أو لرسوله الذى كفل له به وقال زفر رحمه الله يبرأ لان الكفالة للطالب فى الوجهين جميعا فانها تنبنى على دعواه ولكنا نقول المقصود لا يعتبر مع التصريح بخلافه وقد صرح الكفيل بالتزام النفس الى القاضي أو الى رسوله فلا يبرأ بدونه وان كفل له بنفسه الى ثلاثة أيام فتغيب الطالب فالكفيل علي كفالته حتي يدفع صاحبه اليه ويبرأ منه لان التزام التسليم اليه لا يبرأ بمضي الوقت بدون الوفاء بما التزم والعبد التاجر والمكاتب والصبي التاجر مطلوبا كان أو طالبا والمستأمن والذمى والمرتد فى جميع ذلك بمنزلة الحر المسلم لان الكفالة بالنفس تنبني على الدعوى والدعوى صحيحة من هؤلاء وعليهم وان قدم رجل مكاتبه الى القاضي وادعى مضى أجل الكتابة وقال بينتى حاضرة فخذلى منه كفيلا بنفسه لم يأخذه لانه عبده والمولى لا يستوجب على عبده حقا قويا يصح التزامه بالكفالة (ألا ترى) أنه لو كفل عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة الذى عليه لم يجز ذلك وكذلك لا يأخذ كفيلا بنفسه فى دعوى ذلك قبله (ألا ترى) أن المكاتب يتمكن من أن يعجز نفسه فلا يطالب بشئ من ذلك وكذلك لو ادعى على عبد له تاجر دعوى وعليه دين أو لا دين عليه فان المولى لا يستوجب على عبده دينا ولو ادعى المكاتب قبل مولاه دينا فانه يؤخذ للمكاتب كفيل بنفس المولى لانه يستوجب قبل مولاه من الحق مايستوجبه قبل غيره (ألا ترى) أنه لو كفل كفيل بالدين الذى له على مولاه جاز فكذلك يؤخذ له الكفيل بنفسه وكذلك العبد التاجر يدعى قبل مولاه دينا وعلى العبد دين لان كسبه حق غرمائه فهو يستوجب قبل مولاه حق غرمائه وان لم يكن على العبد دين لم يؤخذ له من مولاه كفيل لان كسبه خالص حق المولى ولا حق له قبل مولاه اذا لم يكن عليه دين وان ادعى رجل دعوى والمدعى عليه محبوس فى حق رجل فأراد الطالب أن يخرجه من السجن حتى يخاصمه فقال الذى حبسه خذ لي منه كفيلا بنفسه فيما لى عليه فانه يخرجه له ويخاصمه وهو معه حتى يرده الى محبسه ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه لانه فى يده وهو محبوس معناه انما يخرجه مع أمينه وهو فى السجن محبوس فى يد أمينه فكذلك اذا أخرجه ولا غرض للطالب هنا فى المطالبة بالكفيل سوى التعنيت فلا يجيبه القاضى الى ذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فى الكفالة بالنفس لا يجعل لها أجلا انما ذلك على قدر خلوصه الى القاضى

حتى اذا كان يمكنه من التقدم الى القاضي في أكثر من ثلاثة أيام جاز ذلك على أكثر من ثلاثة أيام وهذا عندهم جميعا لان المعتبر توفير النظر على المدعى واذا كانت الدعوى في شيء بعينه نخفت أن يغيبها المطلوب وكانت غير معينة وضعتها على يدي عدل ولم أجعل لذلك وقتا وجملته بمنزلة الكفالة لان في التعديل هنا معنى النظر للمدعى وليس فيه كثير ضرر على المدعى وقد بينا انه يأخذ كفيلا بتلك العين ولكن المقصود ربما لا يتم بأخذ الكفيل بأن يغيبها الخاصم ولم يعرف الشهود أوصافها فلا يتمكنون من أداء الشهادة فان كان ذلك مما يعرفه الشهود أو مما لا يمكن تعيينه أصلا لم يصفه على يدي عدل لان النظر يتم بأخذ الكفيل بمحضر من ذلك الشيء وأما العقار فليس فيه كفالة ولا يوضع على يدي عدل حتى يقيم البينة لان تعيينه غير ممكن ولا حاجة الى احضارها لاقامة البينة وانما اقامة البينة بذكر الحدود فان قامت بينة وكانت أرضا فيها نخيل تمر فلا بد من أن يوضع هذا على يدي عدل اذا خيف على المطلوب استهلاكه لانه لما أقام البينة فقد ثبت حقه من حيث الظاهر (ألا ترى) انه لو قضى القاضي له قبل أن تظهر عدالة الشهود بعد قضائه فمن تمام النظر له أن يوضع على يدي عدل لكيلا يتمكن المطلوب من استهلاكه ويؤخذ الكفيل في دعوى الدين وفي العتق والطلاق وجميع أجناس حقوق العباد مما لا يندرئ بالشبهات واذا ادعى المدعى ألف درهم وقال سله أيقر بمالي أو ينكره فانه ينبغي للقاضي أن يسأله عن ذلك ليعلم المدعى انه بماذا يعامله الناس فان أنكر قال للمدعى أحضر بينتك وان لم يقر ولم ينكر قال للمدعي أحضر البينة لان الساكت بمنزلة المنكر وان لم يكن للمدعى بينة وطلب يمينه فان كان أنكر استحلفه القاضي له وان لم يقر ولم ينكر فقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله أن القاضي لا يستحلفه ولكن يحبسه ليتجنب خصمه لان الاستحلاف لترجح جانب الصدق في انكار المدعى عليه فلا معنى للاشتغال به قبل انكاره وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن القاضي يستحلفه لان سكوته قائم مقام الانكار شرعا حتى يقبل عليه البينة بعد سكوته فكذلك يعرض اليمين على الساكت حتى يقضى عليه بالنكول لحق المدعى ولا ينبغي للقاضي أن يحبسه حتى يقر أو ينكر ولا يجبره على ذلك لانه ما ثبت عليه شيء بمجرد سكوته فلا يعاقبه بالحبس والمقصود حاصل من غير أن يجبره على الانكار لان سكوته قائم مقام انكاره فان المنكر ممتنع والساكت كذلك وان قال المطلوب للقاضي سل الطالب من أي وجه يدعى على هذا المال سأله من غير أن يجبره على ذلك فان

أبى أن يبين وجهه سـأله البينـة لانه بدعوى المال قد تم ما كان محتاجا اليه من جانبه وربما يضره بيان الجهة وليس للقاضي أن يجبر أحدا على مايضره ولا أن يحبسه اذا امتنع من ذلك ولكن يسأله البينة فان لم تكن له بينة استحلف المطلوب بالله ماله قبله هذا الحق ولا شئ منه فان حلف دعا المدعى ماعلى شهوده وفى هذا بيان ماان للمدعى أن يستحلف الخصم وان كان شهوده حضورا وهو قولهما فأما عنـد أبى حنيفة رحمه الله فلا يستحلفه اذا زعم المدعى أن شهوده حضور هكذا ذكره فى النوادر لان مقصود المدعى من ذلك هتك ستر المدعى عليه وافتضاحه واذا شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم فقال أحـدهما هى بيض وقال الآخر سود وللبيض صرف على السـود فان ادعى الطالب البيض أو ادعى المـالين جميعاً قضيت له بالسود لاتفاق الشاهدين على ذلك لفظا ومعنى فان البياض صفة زائدة لا تثبت بشهادة أحدهما وتبقى شهادتهما على أصل الالف فيقضى بالقدر المتيقن وهو السود وان ادعى المدعى السود بطلت شهادة الشاهد على البيض لانه أكذبه فى ذلك ولا يقضى له بالسود حتى يحضر شاهدا آخر عليها وكذلك لو أشهد بكر حنطة فقال أحـدهما جيـد والآخر ردىء أو شهد أحدهما بكر حنطة والآخر بكر شعير لم يقض القاضى بشئ لان لكل واحد من الجنسين شاهدا واحدا والمدعى انمـا يدعى أحـدهما فيكون مكذبا أحد شاهديه ولو ادعى عليه مائة درهم فشهد له بها شاهد والآخر بمائتين لم تقبل الشهادة في قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما تقبل على مقدار المائة وهذا بناء على ما سبق ان عندهما الموافقة بين الشاهدين معنى يكفى لقبول الشهادة وعند أبى حنيفة رحمه الله يعتبر اتفاقهما فى اللفظ والمعنى جميعا ولو ادعى مائة وخمسين فشهد له أحدهما بمائة والآخر بمائة وخمسين جازت شهادتهما على المائة لانهما اتفقا عليها لفظا ومعنى وانما تفرد أحدهما بزيادة الخمسين وهما اسمان أحدهما معطوف على الآخر ولو ادعى خمسـة عشر فشهد له شاهد بعشرة والآخر بخمسة عشر لا تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله فى شئ لان هذا كله اسم واحد لقدر معلوم بدليل انه خلا عن حرف العطف فهو كالمائة والمائتين وعندهما تقبل الشهادة على الاقل فى جميع ذلك وهو قول شريح رحمه الله فانه شهد عنده شاهدان أحدهما بتسعمائة والآخر بثمانمائة فقضى شريح رحمه الله بالاقل وروى نحو ذلك عن الحسن وابراهيم رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله سمعت ابن أبى ليلى رحمه الله يقول شهادة أهل الاهواء جائزة وقد بينا هذا فى كتاب الشهادات انه قول علمائنا رحمهم

الله وبين المعنى فيه فقال انما الهوى شئ افتتن به رجل فأخطأ فى ذلك فلا ينبغى أن نبطل به شهادته وانما دخلوا في الهوى لشدة المبالغة فى الدين فانهم عظموا الذنوب حتى جعلوها كفرا فيؤمن عليهم شهادة الربا (ألا ترى) أن أعظم الذنوب بعد الكفر القتل ثم دماء أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم أعظم الدماء وقد قتل بعضهم بعضا فلو شهد بعضهم علي بعض أما كان تجوز شهادتهم الا الخطابية وهم صنف من الروافض فانهم بلغنى أن بعضهم يصدق بعضا بما يدعى ويشهد له به اذا حلف عنده انه محق فهذا متهم فى شهادته فلا أقبل شهادته لهذا واذا ادعي رجل قبل رجل ألف درهم وقال خمسمائة منها من ثمن عبد قد قبضه وخمسمائة من ثمن متاع قبضه وجاء بشاهدين فشهد أحدهما على خمسمائة ثمن عبد وشهد الآخر علي خمسمائة ثمن متاع قد قبضه فانه يجوز من ذلك خمسمائة لان البيع انتهى بتسليم المعقود عليه وانما دعواه دعوى الدين فهو كما لو ادعى ألفا وشهد له الشاهدان بخمسمائة ولو شهد شاهدان أن لرجل علي رجل ألف درهم وشهد أحدهما انه قبض منها خمسمائة وأنكر الطالب قبضها فشهادتهما بالف جائزة لانهما اتفقا على وجوبها وانما تفرد أحدهما بالشهادة بشئ آخر وهو أنه قضاه خمسمائة ولو قضاه جميع المال لم يبطل به أصل الشهادة فهذا مثله وعن زفر رحمه الله أن هذه الشهادة لاتقبل لان المدعى مكذب أحد شاهديه ولكنا نقول هو غير مكذب له فيما شهد له به وانما كذبه فيما شهد عليه وذلك لايضره فكل أحد يصدق الشاهد فيما شهد له به ويكذبه فيما شهد عليه أرأيت لو شهد أحدهما انه أجره سنة أ كنت تبطل شهادته على أصل المال بذلك ولو شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم فقال الطالب انما لى عليك خمسمائة وقد كانت ألفا فقبضت منها خمسمائة ووصل الكلام أو لم يصل فان شهادتهما جائزة بخمسمائة لانه لم يكذبهما بل وفق بين دعواه وشهادتهما بتوفيق محتمل فقد يستوفى المدعى بعض حقه ولا يعرف الشاهد بذلك ولو قال لم يكن لى عليك قط إلا خمسمائة أبطلت شهادتهما لانه قد أكذبهما فيما يشهدان له من الزيادة ولو شهدا على رجل لرجل بألف درهم من ثمن جارية قد قبضها المشترى فقال البائع قد أشهدهم المشترى بهذه الشهادة والدين باق عليه من ثمن الدين متاع أجزت شهادتهما لما بينا أن المبيع اذا كان مقبوضا فالعقد فيه منتهى وانما دعواه دعوى الدين وقد صدق الشهود فى ذلك ولو قال لم يشهدهما بهذا ولكن أشهدهما أنه من ثمن متاع أبطلت شهادتهما لانه أ كذبهما فيما شهدا له به وأقر عليهما بالغفلة والنسيان ولو شهد أنه

كفل له بألف درهم عن فلان كان له أن يأخذه بالمال لانه ماأ كذبهما في الشهادة وبجعل ما ثبت بشهادتهما كالثابت باقرار الخصم ولو قال لم يقر بهذا وانما أقرانها كانت عن فلان بطلت شهادتهما لانه قد أ كذبهما ولو أنكر المطلوب أن يكون للطالب عليه شئ فشهد له شاهدان بألف درهم فجاء المطلوب بشاهدين يشهدان بالبراءة منها والدفع اليه أجزت ذلك لانه لا منافاة بين انكاره للمال في الحال وبين ماادعى من الابراء والايفاء وكذلك لو قال لم يكن له على شئ قط ثم أقام البينة على الابراء والايفاء وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول هنا لا تقبل بينته لكونه مناقضا فى دعواه ولكنا نقول هو غير مناقض لانه يقول ما كان له على شئ قط ولكن افتديت نفسي من المال الذى ادعاه علي أو سألته أن يبرئني ففعل ذلك والبينة حجة فلا يجوز ابطالها مع العمل بها ولو كان قال لم أدفع اليه شيئا أولم أقبضه شيئا أو لم أعرفه أولم أكلمه أولم أخالطه لم أقبل منه البينة بعد ذلك على دفع المال لان ما تقدم من كلامه ا كذاب منه لشهوده وشهادة الشاهدين على البراءة فى دين أو كفالة وقد اختلفا فى الوقت أوالمكان جائزة لان البراءة جائزة باقرار من الطالب فلا يضرهم الاختلاف فى المكان أوالزمان ولو كانوا كفلاء ثلاثة بعضهم كفيل عن بعض فشهد اثنان على واحد أنه دفع المال الذى عليهم لم تجز شهادتهما لانهما ينفعان أنفسهما بذلك وهو اسقاط مطالبة الطالب عنهما ولم يرجع عليهما المشهود له بشئ لانهما لم يبرآ من شئ من حق الطالب وانما يرجع الكفيل على الاصيل اذا استفاد الكفيل البراءة من حق الطالب فاذا لم يوجد ذلك لم يرجع عليهما بشئ والله أعلم

باب مايصدق فيه الدافع من قضاء الدين

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل ثلثمائة درهم كل مائة منها فى صك فصك منها قرض وصك كفالة عن رجل وصك كفالة عن آخر فدفع المطلوب مائة درهم الى الطالب وأشهد أنها من صك كذا فهى من ذلك الصك لانه هو المعطى وقد صرح فى الاعطاء بالجهة التي أعطى بها المال فتصريحه بذلك نفى منه الاعطاء بسائر الجهات ولا معارضة بين النافى والمثبت وكذلك ان لم يشهد عند الاعطاء فوقع الاختلاف بينه وبين الطالب فى الجهة التى أعطى بها فالقول قول المطلوب لانه هو المالك لما أدى من الطالب والقول فى بيان جهة الطالب للتمليك قول المملك لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول مايقوله البائع وهذا لانه

لو أنكر التمليك أصلا كان القول قوله فكذلك اذا أقر بالتمليك من جهة دون جهة وهـذا لان المديون انما يقضي الدين بملك نفسه والانسان مطلق التصرف في ملك نفسه مقبول البيان فيه في الانتهاء كما في الابتداء اذا كان مفيدا له وهذا بيان مفيد فربما يكون ببعض المال رهن فتعين المدفوع مما به الرهن ليسترد الرهن وربما يكون ببعض المال كفيل فتعجل المكفول له من ذلك ليبرئ كفيله وان مات الدافع قبل أن يقول شيئا من ذلك كانت المائة من كل صك ثلاثة لانه ليس جعل المدفوع من بعضها بأولى ببعض ولا بيان في ذلك لورثته لانهم انما يخلفونه فيما صار ميراثا لهم والمال الذى قضى به دينه لم يصر ميراثا لهم لانه مجرد رأى كان له في التعيين فلا يصير ميراثا وهو حق البيان لما أراده عند الاعطاء ولا طريق لورثته الى معرفة ذلك فلا يقومون فيه مقامه كحق البيان في العتق المبهم وكذلك ان مات الدافع والمدفوع اليه واختلفت الورثة فانها من كل صك ثلاثة الى أن تقوم البينة على شئ كان من الدافع قبل موته فيها تعيين بعض الجهات فيجعل الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو بتصادق الورثة كلهم على شئ يعنى ورثة الدافع والمدفوع اليه لان الحق لهم فاذا تصادقوا على شئ كان ذلك كالثابت بالبينة أو يكون القابض حيا فيقول شيئا فتصدقه ورثة الدافع في ذلك ولو كان لرجل على رجلين ألف درهم في صك ثم ان أحدهما كفل عن صاحبه بأمره ثم أدى خمسمائة مما في الصك فجعله من حصة المكفول عنه عنـد الدافع أو بعد الدفع فذلك صحيح والقول فيه قوله ويرجع بها المكفول عنه لانه هو المالك لما أدى وهذا البيان منه مفيد فاذا قبل منه كان مؤديا دين الكفالة فيرجع على الاصيل لانه كفل عنه بأمره ولو لم يؤد شيئا حتى كفل الآخر عنه أيضا بأمره فصار كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه أو كانت الكفالة على ذلك في أصل الصك في عقد البيع أو القرض فأيهما قضى شيئا فهو من حصته خاصة دون حصة صاحبه حتى يؤدى حصته لانه لا فائدة له في أن يجعل المؤدي عن صاحبه لا من جهة صاحبه بأن يقول أنا كفيل عنك بأمرك وأداؤك عني كأدائي بنفسي فكان لي أن أجعل المؤدى عنك فأنا أجعله الآن عنك فلا يزال يدور كذلك بخلاف ما سبق فالمؤدي هناك اذا جعل المؤدى عن صاحبه لا يكون لصاحبه أن يعارضه فيجعل المؤدى عنه لان صاحبه ليس بكفيل عنه فان أدى زيادة على مقدار حصته كانت مما كفل به عن صاحبه لان صاحبه لا يتمكن في معارضته من هذه الزيادة وقد استفاد البراءة عن حصته بأدائه وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك ان شرط عند الاداء

للنصف أن يؤدى ذلك من حصة صاحبه فانه لا يكون من حصته حتى يؤدى زيادة على النصف لان هذا الشرط حق لا يفيده شيئا فان صاحبه يعارضه بجعل المؤدى عنه . ولو كان ثلاثة نفر عليهم ألف درهم من ثمن بيع وبعضهم كفلاء عن بعض كان ماأدى أحدهم من حصته الى الثلاث فاذا جاوز الثلاث كانت الزيادة من حصة صاحبه لا يستطيع أن يجعلها من حصة أحدهما دون الآخر لان كل واحد من الآخرين كفيل عن صاحبه كما أنه كفيل عنهما فاذا جعل الزيادة من حصة أحدهما كان للمجعول ذلك من حصته أن يجعله من حصة الآخر بالطريق الذى بينا فتحققت المعارضة بينهما فلهذا كانت الزيادة من النصيبين جميعا فيرجع على كل واحد منهما بنصف ذلك كما هو قضية المعارضة والمساواة ولو كانوا مكاتبين ثلاثة بعضهم كفلاء عن بعض فأدى بعضهم طائفة من الكتابة كان ذلك من حصتهم جميعا قل المؤدى أو كثر ولو جعلها المؤدى من حصته أو حصة صاحبيه أو أحدهما يجوز ذلك لانهم كشخص واحد فى حكم هذه المكاتبة اذ لو لم يجعلهم كذلك لم يصح فان الكفالة من المكاتب والكفالة ببدل الكتابة لا تكون صحيحة والمكاتب الواحد لو أراد أن يجعل المؤدى عن بعض نفسه دون بعض لم يكن ذلك شيئا فهذا مثله بخلاف ماسبق فهنالك كل واحد منهم أصل فى بعض المال كفيل فى البعض لان ذلك فى ثمن المبيع صحيح من الاحرار * توضيح الفرق ان فى جعل المؤدى من نصيب المؤدى خاصة فى باب الكتابة ابطال شرط المولى لانه شرط أن لا يعتق واحد منهم حتى يصل اليه جميع المال فاذا أدى أحدهم الثلث وجعلنا ذلك من نصيبه خاصة عتق هو لانه برئ مما عليه من بدل الكتابة وبراءة المكاتب على أى وجه كان توجب العتق وفى هذا ابطال شرط المولى فلهذا كان المؤدى عنهم جميعا وذلك لا يوجد فى ثمن المبيع لانا وان جعلنا المؤدى هناك من نصيب المؤدى خاصة يبقى البائع فى حبس المبيع الى أن يصل اليه الثمن فجعلنا ذلك من حصته مالم يزد المؤدى على الثلث ولو كان لرجل دين مائة درهم وله عنده وديعة مائة درهم فدفع اليه مائة درهم فقال الطالب هى وديعتى وقال المطلوب هلكت الوديعة وهى من الدين الذى كان لك فالقول قول الدافع مع يمينه لان الاختلاف بينهما فى الملك المدفوع وقد كان ذلك فى يد الدافع فيكون القول قوله فى انه ملكى ولانه أمين فى الوديعة مسلط على مايخبر به من هلا كها فيثبت القول بهلاك الوديعة ويبقى الدين وقد دفع الى الطالب مثل الدين على جهة قضاء الدين فتبرأ ذمته من ذلك بعد أن يحلف على مايدعى من

هلاك الوديعة والكفالة بالمال فى المرض بمنزلة الوصية حتى يبطل لمكان الدين المحيط بالتركة
ويبطل اذا وقعت لوارث أو عن وارث ويبطل فيما زاد على الثلث اذا كان لاجنبي لانه التزم
المال على وجه التبرع فيكون بمنزلة تمليك المال فى مرضه على وجه التبرع الا أن يبرأ من
مرضه فحينئذ يكون صحيحا على كل حال لان المرض يتعقبه برؤه بمنزلة حال الصحة فان مرض
الموت ما يتصل به الموت وما لا يكون مرض الموت لا يكون مغيرا للحكم فانما لا تصح الكفالة
من المريض للوارث وعن الوارث لان فيه منفعة للوارث وهو محجور عن القول الذى فيه
منفعة لوارثه فيما يرجع الى المال ولو كفل المريض عن رجل بألف درهم وأقر بدين يحيط
بماله فلا شئ للمكفول له لان الكفالة تبرع واصطناع معروف كالهبة والدين مقدم على الهبة فى
المرض سواء كان بالاقرار أو بالبينة ولو كان له ثلاثة آلاف درهم فكفل بألف درهم ثم مات
جاز ذلك وأخذ من ماله ألف لخروج المكفول به من ثلث ماله ثم يرجع ورثته على المطلوب اذا
كان كفيلا بأمره كما لو أدى بنفسه فى حياته واذا كانت الكفالة منه فى الصحة بألف درهم
فمات الكفيل وعليه دين فضرب المكفول له بدينه مع غرمائه وأصابه خمسمائة ثم مات المكفول
عنه وعليه دين ضرب المكفول له فى ماله بالخمسمائة التى بقيت له لبقاء ذلك القدر له فى ذمة
الاصيل بعد ما استوفى الخمسمائة من تركة الكفيل وضرب وارث الكفيل بالخمسمائة دراهم
التى أدى لانه كان أدى بحكم الكفالة عنه بأمره فكان ذلك دينا عليه فما أصاب وارث الكفيل
فانه يقسم بين غرماء الكفيل بالحصص ويضرب المكفول له بما بقى له أيضا (وهذه) هى المسئلة
التى بينا فيما سبق أن فى هذا جذر الاصم وأنه لا وجه لتخريجها الا بطريق التقريب فان ما
يستوفى المكفول له ثانيا مما فى يد الوارث للكفيل يرجع به وارث الكفيل فى تركة المكفول
عنه أيضا فتنتقض القسمة الاولى ولا يزال يدور هكذا الى أن ينتهى الى ما لا يمكن ضبطه ولو أن
متفاوضين عليهما ألف درهم ماتا جميعا وتركا ألفا وعلى كل واحد منهما ألف درهم مهر امرأته
قسم المال بينهما نصفين ولم يضرب الطالب فى مال أيهما شاء بألف درهم لان كل واحد منهما
مطلوب بجميع الالف بعضها بجهة الاصالة وبعضها بجهة الكفالة فيضرب بجميع الالف فى تركة
أيهما شاء وتضرب امرأته بمهرها أيضا ثم يضرب مع امرأة الآخر بما بقى وتضرب هى
بألف درهم هكذا ذكره شيخ الاسلام جواهر زاده وتضرب هى بالذى بقى لها من مهرها
ولا ترجع الورثة بالذى أخذ منه أول مرة فى مال الثانى بشئ الا أن يكون الطالب أصاب

من ماله أكثر من النصف لانه فى مقـدار النصف هو أصيل فان كان المقبوض النصف أو مادونه لاترجع ورثته فى تركة الآخر بشئ من ذلك وان كان أكثر من النصف فحينئذ يضربون بالفضل لانهم أدوا ذلك بجهة كفالة صاحبهم عن شريكه بأمره فاذا قبضوا شيئا من ذلك كان المقبوض لامرأته وللطالب ان بقى له شئ بالحصص ثم عند ذلك يعود الجذر الاصم وما لا طريق الى معرفته الا من الوجه الذى قدرنا ان كل مايستوفيه الطالب يثبت لهم حق الرجوع به فى تركة الشركة فتنتقض به القسمة الاولى والله سبحانه وتعالى أعلم

باب ادعاء الكفيل أن المال من ثمن خمر أو ربا

(قال رحمه الله) واذا كفل رجل عن رجل بألف درهم بأمره ثم غاب الاصيل فادعى الكفيل أن الألف من ثمن خمر فانه ليس بخصم فى ذلك لانه التزم المطالبة بكفالة صحيحة والمال يجب على الكفيل بالتزامه بالكفالة وان لم يكن واجبا على الاصيل (ألا ترى) انه لو قال لفلان على ألف درهم وأنا بها كفيل بأمره وجحد الاصيل ذلك فان المال يجب على الكفيل وان لم يكن على الاصيل شئ فبهذا تبين أنه ليس فى ادعائه أن المال من ثمن خمر أو مايسقط المال عنه فلا يكون خصما فى ذلك وهو مع هـذا مناقض في دعواه لان التزامه بالكفالة اقرار منه أن الاصيل مطالب بهذا المال والمسلم لايكون مطالبا بثمن خمر فيكون مناقضا في قوله ان المال من ثمن خمر والدعوى مع التناقض لاتصح حتى انه لو جاء بالبينة على اقرار الطالب بذلك لم تقبل بعد أن يكون الطالب يجحد ذلك ولو أراد استحلاف الطالب لم يكن عليه يمين لان توجه اليمين وقبول البينة تبنى على دعوى صحيحة الا أن يقر الطالب بذلك فحينئذ هو مناقض ولو صدقه خصمه فى ذلك والتصديق من الخصم صحيح مع كونه مناقضا فى دعواه ثم ان أصل سبب التزام المال جرى بين المطلوب والطالب والكفيل ليس بخصم فى ذلك العقد ويدعى معنى كان فى ذلك العقد حتى اذا ثبت ذلك ترتب عليه خروجه من أن يكون مطالبا بالمال ولا يمكن اثبات ذلك بالبينة لانها بينة تقوم للغائب والبينة للغائب وعلى الغائب لاتقبل اذا لم يكن عنه خصم حاضر وهو بمنزلة المشتري للجارية اذا ادعى انها زوجة لفلان الغائب وأراد اقامة البينة على ذلك ليردها بالعيب لايكون خصما فى ذلك فهذا مثله (والحوالة) في هذا كالكفالة وكذلك ان كان كل واحد منهما ضامنا عن صاحبه لان أصل المال على غير

هذا الكفيل فهو لا يكون خصما فيما على غيره فهذا تنصيص على ما أشرنا اليه فى أن الطريق الاصح فى الكفالة أن الكفيل يلتزم المطالبة بما على الاصيل ولا يلتزم أصل المال في ذمته ولو أدى الكفيل المال الى الطالب وغاب الطالب وحضر المكفول عنه فقال المال من ثمن خمر وجاء بالبينة لم يكن بينه وبين الكفيل خصومة في ذلك ويدفع المال الى الكفيل لانه التزم المال بأمره وأدى ثم يرجع عليه كيف كان ذلك المال ويقال للمكفول عنه اطلب صاحبك فخاصمه وهذا لما بينا انه يدعي سببا فى تصرف جرى بينه وبين الغائب وهذا الحاضر ليس بخصم عن الغائب أو لانه مناقض فانه أمره أن يلتزم المطالبة التى هى متوجهة عليه بجهة الكفالة ولو أقر الطالب عند القاضى أن ماله عنده من ثمن خمر فهذا مثله وهو اقرار ببراءة الاصيل وهو بمنزلة مالو قال لم يكن لى على الاصيل شيء وذلك يوجب براءة الكفيل والاصيل (ألا ترى) انه لو أبرأ الاصيل برئ الكفيل فاذا بقى أصل المال من الاصيل باقراره أولى أن يبرأ الكفيل فان أقر الطالب بذلك وأبرأ القاضى الكفيل ثم حضر المكفول عنه فاقر ان المال الذى عليه قرض لزمه المال ان صدقه الطالب بذلك لتصادقهما على أن وجوب المال له عليه بسبب صحيح ولا يصدقان على الكفيل لان قولهما ليس بحجة على الكفيل وقد استفاد الكفيل البراءة بما سبق من اقرار الطالب ويجعل هذا من المطلوب بمنزلة اقراره للطالب ابتداء بدين آخر سوى الدين كان كفل به الكفيل ولو أن مسلما باع مسلما خمرا بألف درهم ثم أحال مسلما عليه بها بطلت الحوالة ولو أحاله بألف درهم فجعلها له بذلك ثم غاب المحيل وقال المحتال عليه المال الذي على من ثمن خمر وأقام البينة فلا خصومة بينه وبين الطالب فى ذلك لانه التزم المال بالحوالة فعليه أداء ما التزم وهو انما يدعى سببا مبطلا بعقد جرى بينه وبين الغائب وهذا الحاضر ليس بخصم عنه فى ذلك فاذا دفع المال ثم حضر المحيل خاصمه ان أقام عليه بينة بذلك رجع عليه بالمال لانه قبل الحوالة بأمره وأدى واستوجب الرجوع عليه فكان تقع المقاصة بما للمحيل عليه فاذا تبين أنه لم يكن للمحيل عليه شيء كان له أن يرجع عليه بالمال وان لم يؤد المال حتى يحضر المحيل فخاصمه وجاء بالبينة أنها من ثمن خمر أبطلها القاضي عن المحتال عليه لانه قبل الحوالة مقيدة بالمال الذي للمحيل عليه وقد تبين انه لم يكن للمحيل عليه شيء فكانت الحوالة باطلة وان كان أحاله عليه حوالة مطلقة بألف درهم لم يبرأ منها ولكنه يؤديها ويرجع بها لان الحوالة المطلقة لا تستدعى مالا للمحيل على المحتال عليه ولا فى يده الا أنه اذا كان

للمحيل على المحتال عليه لم يرجع به عليه واذا كانت مطلقة يؤدى المال ثم يرجع بمثلها عليه
واذا باع الرجل رجلا عبدا بألف درهم ثم أحال البائع غريمه على المشترى بالمال الذى باعه
به العبد ثم استحق العبد أو وجد حرا فان القاضى يبطل الكفالة والحوالة لانه ظهر انه أحال
عليه بمال ولا مال ولو رد بعيب بقضاء القاضى أو بغير قضاء القاضى لم تبطل الحوالة والكفالة
وكذلك لو مات العبد قبل القبض وهذا عندنا وقال زفر رحمه الله تبطل الحوالة اذا كانت
مقيدة *وجه قوله ان الثمن الذى تقيدت به الحوالة بطل من الاصل لانفساخ العقد من
الاصيل ولو ظهر بطلانه تبطل الحوالة فكذلك اذا بطل من الاصيل الا أنا نقول ان الحوالة
لما صحت مقيدة بمال واجب عنده ولم يتبين أنه لم يكن واجبا أو بطل انما يبطل ببطلانه ان لو
كان له تعلق بالدين بها أما من حيث الوجوب فلا يشكل لان تعلق الدين بالذمة لا بالدين
ولا تعلق به استيفاء لان تعلقه به استيفاء انما يستقيم اذا كان قابلا للاستيفاء والدين لا يقبل
استيفاء دين آخر منه الا بعد خروجه فقبل خروجه منه لم يكن لدين الحوالة تعلق به بوجه
من الوجوه فصار كالحوالة المطلقة فى حالة البقاء فلا تبطل ببطلانه ولا يلزم اذا أحال على مودعه
ليستوفى دينه من الوديعة ثم هلكت الوديعة حيث تبطل الحوالة لان ثمة للدين تعلق به
استيفاء لكونه قابلا للاستيفاء منه فجاز أن يبطل ببطلانه واذا أحال رجل رجلا على رجل
بألف درهم كانت للمحتال على المحيل وكان مثلها للمحيل على المحتال عليه ثم مات المحيل وعليه
دين كان ماله الذى على المحتال عليه بين غرمائه وبين المحتال له بالحصص ولا يختص المحتال له بذلك
عندنا وعند زفر رحمه الله يختص به لانه اختص به فى حال حياته حتى كان أحق به من المحيل
حتى لو حجر المحيل عن استيفائه فيختص به بعد موته بمنزلة المرتهن فى حق الراهن ولكنا نقول
ان ما فى ذمة المحتال عليه مال المحيل لانه بعقد الحوالة لا يصير للمحتال له لان الدين لا يقبل التمليك
من غير من عليه الدين ومتى كان باقيا على ملكه كان بين غرمائه بالحصص لما مر انه لا تعلق
لحقه بالدين قبل الخروج فصار هو وسائر غرمائه سواء وانما منع المحيل من التصرف فيه
باعتبار عرضة الخروج لانه لو خرج يكون المحتال له احق بها ولهذا كان التوي على المحيل
لان الحوالة كانت مقيدة به وقد استحقت فصار بمنزلة الاستحقاق من الأصيل فيعود
الدين على المحيل والله أعلم

باب الحبس في الدين

(قال رحمه الله) ويحبس الرجل في كل دين ماخلا دين الولد على الأبوين أو على بعض الأجداد فانهم لا يحبسون في دينه أما في دين غيرهم فيحبس لانه بالمطل صار ظالما والظالم يحبس وانه عقوبة مشروعة ولهذا كان حدا في الزنا في ابتداء الاسلام قال الله تعالى في حق قطاع الطريق أو ينفوا من الأرض والمراد به الحبس وكذلك حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة وكذلك علي كرم الله وجهه اتخذ سجنين سمى أحدهما نافعا والآخر مخيسا وكذلك شريح رحمه الله كان يحبس الناس وحبس ابنه بسبب الكفالة عن رجل ولا يحبسه في أول ماتقدم الى القاضي ولكنه يقول له قم فأرضه لان الظلم لايتحقق من أول وهلة فان عاد اليه مرة أو مرتين يحبسه والقياس في دين الولد على والديه هكذا الا أنا استحسنا في دين الوالدين ومن كان في معناهم أنه لا يعاقب الوالد بسبب الجناية على ولده قال صلى الله عليه وسلم لايقاد الوالد لولده ولا يعاقب بسبب الجناية على ماله لان له ضرب تأويل في ماله وذكر حديث علي كرم الله وجهه انه اتخذ سجنين وقال فيه

ألا تراني كيسا مكيسا   بنيت بعد نافع مخيسا

وعن الشعبي رحمه الله أن رجلا أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال ياأمير المؤمنين اجرني فقال مم قال من دين قال عمر رضي الله عنه السجن ثم قال عمر رضي الله عنه كانك بالطلبة حلو ذكر هذا لبيان ان الحبس مشروع قال أبو حنيفة رحمه الله لا يباع مال المديون المسجون في دين عليه الا أن يكون عليه دنانير أو يكون عليه دراهم فاصطرفها بدراهم وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يباع ماله وهي مسائل الحجر ثم ذكر عن عمر رضي الله عنه أنه خطب الناس ثم قال في اسفع جهينة رضي من دينه وأمانته ان يقال له سبق الحاج فادان معرضا حتى دين به فمن كان له عليه شيء فليفد علينا فانا بائع ماله قاسم ثمنه بين الغرماء واياك والدين فان أوله هم وأخره حرب ونعم ماقال فان الدين سبب العداوة خصوصا في زماننا فيؤدي الي اهلاك النفوس ويكون سببا لهلاك المال خصوصا مداينة المفاليس والحرب هو الهلاك ثم اذا حبس المديون ولم يدع الاعسار فظاهر انه لايخلى عنه أما اذا ادعى الاعسار فان كان ذلك في ديون وجبت بسبب المبايعات فينبغي ان لايصدق لان الظاهر يكذبه لانه يكون واجدا باعتبار بدله وان كان بأسباب مشروعة سوى المبايعات كالمهر وبدل الخلع والكفالة وبدل الصلح

اختلاف مشايخنا رحمهم الله فقال بعضهم يصدق ولا يحبس لانه متمسك بالاصل وهو العدم فالقول قوله وقال بعضهم لا يصدق لان التزامه المال اختيارا دليل قدرته ولو كان دينا وجب حكما باستهلاك مال ونحوه ينبغي ان يصدق ثم قال أبو حنيفة رحمه الله اذا حبس الرجل شهرين يسأل عنه وان شاء سأل عنه في أول ما يحبسه والرأى فيه الى القاضي ان أخبر بعد أوثقات انه معسر خلى سبيله وان قالوا واجد أمر بحبسه حتى يذوق وبال أمره لانه من الجائز انه أخفى ماله فيشهد الناس على ظاهر حاله فتبطل حقوق الناس واذا أخبروه أنه معسر أخرجه ولم يحل بين الطالب وبين لزومه عندنا وقال زفر رحمه الله يمنعه من ملازمته لانه منظر بانظار الله تعالى ولو كان منظرا بانظاره لا يكون له حق الملازمة هكذا كنا نقول بانه منظر الى زمان الوجود ووجود ما يقدره على اداء الدين موهوم في كل ساعة فيلازمه اذا وجد مالا أو اكتسب شيئا فوق حاجته الدراة يؤخذ منه والكفيل بالمال والذي عليه الاصل سواء لان خطاب الاداء متوجه على الكفيل كما هو متوجه على الاصيل وذكر عن الكلبي ومحمد ابن اسحاق أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس بني قريظة حتى نزلوا في حكم سعد رضي الله عنه في دار بنت الحارث حتى ضرب رقابهم فاذا تبين ان الحبس مشروع واذا حبس الكفيل بالدين فللكفيل ان يحبس المكفول عنه حتى يخلصه اذا كان بأمره وكذلك لو لازمه الطالب كان له ان يلزم الذي عليه الاصل لانه التزم الاداء من مال المطلوب بأمره فكان الاصيل ملتزما تخليصه فله ان يلازمه وليس للكفيل ان يأخذ المال حتى يؤديه لانه انما يرجع عليه بحكم الاقراض وانما يتحقق هذا المعنى عند الاداء واذا حبس رجل بدين فجاء غريم له آخر يطالبه فان القاضي يخرجه من السجن ويجمع بينه وبين هذا المدعى فان أقر له بالدين أو قامت له عليه بينة كتب اسمه فيمن حبس له مع الاول لانه لو لم يكتب ربما يشتبه على القاضي انه محبوس بدين واحد فيخلى سبيله فيكتبه حتى لا يخلى سبيله الا بقضائهما وان كان القاضي قد فلس المحبوس جاز اقراره لاشخاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال تفليس القاضي اياه جائز ولا يجوز اقراره بعد ذلك ولا بيعه ولا شراؤه ولا بشئ يضيفه في ماله ماخلا العتق والطلاق والنكاح والاقرار بالسبب فانا ندع القياس فيه ونجوزه وهو قول محمد رحمه الله وقول شريح وابراهيم وابن أبي ليلى رحمهما الله ويعني بالتفليس ان يحكم بعجزه عن الكسب فيجعله كالمريض مرض الموت فيحكم بتعلق حق غرمائه في ماله هذا

وهذا نوع حجر وان كان أبو حنيفة رحمه الله لا يرى ذلك وهما يجوزان ذلك وليس الحبس بتفليس لانه دلالة القدرة على أداء الدين لا دلالة العجز ولا يضرب المحبوس فى الدين ولا يقيد ولا يقام ولا يؤاجر لان هذه عقوبات زائدة ماورد الشرع بها وانما قلنا بالحبس ليكون حاملا له على قضاء الدين وان كان فيه ضرب عقوبة بالنصوص ولا نص فى الزيادة عليه فانه روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال ليس فى هذه الامة صفد ولا قيد ولا غل ولا تجريد والصفد ماتقيد به الايدى أراد بقوله لا يقام يعني لا يؤمر بالقيام بين يدي صاحب المال اهانة له فان ذلك مع عقوبة ولا يؤاجر من غير اختياره لان ذلك نوع حجر عليه ولا يجوز ذلك فى ماله فلان لا يجوز فى نفسه بطريق الاولى ويحبس الابوان فى نفقة الولد ولا تشتبه النفقة بالدين لان الانفاق على الولد انما شرع صيانة للولد عن الهلاك والممتنع كالقاصد الهلاك ومن قصد اهلاك ولده يحبس بخلاف الدين فانه ليس فيه قصد اهلاك نفسه ولا يخرج المحبوس فى الدين بجمعة ولا عيد ولا حج ولا جنازة قريب أو بعيد لان الواجب أن يحبس على وجه لا يخلص بعد زمان حتى يضجر قلبه عند ذلك فيسارع فى قضاء الدين فلو خرج احيانا لا يضيق قلبه حينئذ ولهذا قالوا ينبغى أن يحبس فى موضع خشن لا يتبسط له في فراش ولا وطاء ولا أحد يدخل عليه ليستأنس ليضجر قلبه بذلك واذا سأل القاضي عن المحبوس بعد شهرين أو أكثر فى السر فأخبره ثقة بعدمه خلى سبيله ولم يحل بين غريمه وبين لزومه وان شهد عليه شهود انه موسر أوان له ما لا أجزت شهادتهم ويترك المسئلة فى السر لان السؤال للاختبار ومتى ظهرت حاله بالشهادة لا تقع الحاجة الى الاختبار وان أدى دين أحد الغريمين لم يخرج من السجن حتى يؤدى دين الآخر لان الظلم قائم ويحبس الرجل فى الدرهم وفى أقل منه لان مانع الدرهم وما دونه ظالم وينبغى أن يكون محبس النساء فى الدين على حدة ولا يكون معهن رجل حتى لا يؤدى الى فتنة ولا يمنع المحبوس من دخول اخوانه وأهله عليه لانه يحتاج الي ذلك حتى يشاورهم فى توجيه ديونه ولكن لا يمكنون من المكث عنده حتى يستأنس بهم ولا يحبس المكاتب لمولاه بالمكاتبة لانه عبد ولا يليق به الحبس (ألا ترى) أنه لو عجز نفسه عن ذلك يسقط ويحبس بدين غير الكتابة قالوا أراد به في حق غير المولى وقال بعضهم يحبس بدين المولى وهو ملحق بالاجانب فى المعاملات مع مولاه والاول أصح وان كان للمكاتب على مولاه طعام ومكاتبته دراهم فان المولى يحبس فى دين

المكاتب لان مطالبتـه متوجهة على مولاه وهو ملحق بالاجانب فى حق أكسابه وكذلك العبد التاجر الذى عليه الدين يكون له على مولاه دين ولا يحبس لحقه ولكن لحق الغرماء والصبي التاجر فى السجن مثل الرجل يعنى يحبس لانه يؤاخذ بحقوق العباد فيتحقق ظلمه والغلام الذى يستهلك المتاع فيضمن قيمته وله أب أو وصي وليس بتاجر مثل ذلك يريد به فى حق الحبس ولم يذكر انه يحبس الصبي أو أبوه أو وصيه والصحيح أنه يحبس وليه وفى الكتاب مايدل عليه حيث قيده بهذا اللفظ وهذا لان الظلم انما يتحقق ممن يخاطب بأداء المال ووليه هو الذى يخاطب بذلك لا هو وبعضهم قال الحبس للصبي بطريق التأديب حتى لا يتجاسر على مثله ولكن هذا انما يكون فيما يباشر من أسباب التعدى قصدا أما ماوقع خطأ منه فلا ولا يحبس العاقلة فى الدية ولا فى شئ منها من الارش بقضائه عليهم ولكنه يؤخذ من الاعطية وان كرهوا ذلك لان الدية انما تعطى من عطائهم لا مما في أيديهم من الاموال حتى يتحقق المنع من قبلهم حتى لو كانوا من أهل التأدية وليس لهم عطاء يفرض ذلك عليهم فى أموالهم فاذا امتنعوا من أدائه حبسوا وكذلك الدعار يحبسون أبدا حتى يتوبوا والداعر الذى يخوف الناس ويقصد أخذ أموالهم فكان في معنى قطاع الطريق قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية ولو أن غلاما استهلك لرجل مالا وله دار ورقيق وعروض وليس له أب ولا وصى لم يحبس ولكن القاضي يرى رأيه فيه ان شاء جعل وكيلا يبيع بعض ماله فيوفى الطالب حقه وان كان له أب أو وصى يجوز بيعه فانه لا يحبس والصحيح انه يحبس من يخاطب بقضاء دينه لما مر ولا يحبس الصبي الا بطريق التأديب ويحبس المسلم للذمى بدينه والذمى للمسلم ويحبس الحربى المستأمن ويحبس له لان معنى الظلم يتحقق فى حق الكل والله أعلم بالصواب

باب الابراء والهبة للكفيل

(قال رحمه الله) واذا قال الطالب للكفيل قد برئت الي من المال الذى كفلت به من فلان فهذا اقرار بالقبض وللكفيل ان يرجع به على المكفول عنه لانه أخبر عن البراءة بفعل متعد من المطلوب والكفيل الى الطالب وذلك بفعل الاداء لان الابراء متعد من المطلوب الى الطالب وكذلك قوله قد دفعت الي المال أو نقدتني أو قبضته منك وكذلك الحوالة واذا

قال أبرأتك لم يكن هذا اقرارا بالقبض وللطالب ان يأخذ الذى عليه الاصل لانه أضاف الفعل الي نفسه متعديا الي المطلوب وذلك انما يكون باسقاط الدين عنه . ولو قال برئت من المال ولم يقل الى فهذا اقرار بالقبض فى قول أبى يوسف رحمه الله لانه وصفه بالبراءة فينصرف الى ذلك السبب المعهود والسبب المعهود الايفاء وعند محمد رحمه الله هو بمنزلة قوله أبرأتك لانه يحتمل الوجهين فكان الحمل على الادنى أولى (ألا ترى) ان الحاجة الى الرجوع على الاصيل لا تثبت بالشك وقد مر هذا فى الجامع والتحليل بمنزلة الابراء لان الدين لا يوصف بالتحليل أما المال الذى يراد به الدين فيوصف بهذا وذلك بمنزلة الموضوع الديون فتى حلله أسقط حقه عن ذلك أصلا فكأنه قال لا حق لى فى مالك ولو قال له هكذا كان ابراء مطلقا فهذا كذلك والمحتال عليه فى جميع هذا بمنزلة الكفيل ولو وكل الطالب وكيلا بقبض ماله فقال الوكيل للكفيل برئت الى كان هذا اقرارا بالقبض فيصح ولو قال الوصى للكفيل قد أبرأتك أو انت فى حل منه لم يجز لان ذلك معروف منه وليس له ذلك وكذلك الصبي التاجر والعبد التاجر والمكاتب اذا قالوا ذلك للكفيل لا يصح لما مر واذا ابرأ الطالب الكفيل من المال فأبى أن يقبل ذلك فهو برئ ولا يشبه هذا الهبة لان الابراء اسقاط محض فى حقه لانه ليس في حقه إلا مجرد المطالبة فصار كسائر الاسقاطات فلا يرتد بالرد بخلاف الذى عليه الاصل لان أصل الدين عليه فيكون ذلك تمليكا منه لان الحق الذى هو واجب له فى ماله غير عين فصار هذا تصرفا باسقاط الفعل عنه ويجعل الواجب له اسقاطا من وجه وتمليكا من وجه فوفرنا على السهمين حظهما فعلى هذا يصح من غير قبول لشبهه بالاسقاط ويرتد بالرد لشبهه بالتمليكات ومثله لو وهب من الكفيل فانه يرتد بالرد كما لو وهب من الأصيل لان الهبة لفظ وضع للتمليك ويمكن تحقيق الهبة فى حق الكفيل كما فى حق الاصيل لان هبة الدين من غير من عليه الدين جائزة فاذا سلطه عليه فهو مسلط عليه فى الجملة أو يجعل ذلك نقلا للدين منه بمقتضى الهبة منه فيصير هبة الدين ممن عليه الدين لو أمكن ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه قصدا باحالة الدين عليه فيثبت ذلك بمقتضى تصرفهما تصحيحا له واذا استقام تحقيق الهبة كما فى حقه وجب الجري على مقتضى الهبة كما فى حق الاصيل وقد مر أنه لو أبرأ الذى عليه الاصل من الدين يصح من غير قبول ولكنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك فكذلك لو وهب منه فلو مات قبل ان يعلم فهو برئ منه فى الهبة والابراء جميعا لانه تام فى نفسه ولكنه يرتد بالرد

فتى مات ووقع اليأس عن الرد فانبرم بمنزلة لو تصرف له فيه جاز وكذلك لو كان ميتا فابراه منه وجعله فى حل منه فهو جائز لان الدين قائم عليه حكما فاحتمل الاسقاط فان قالت الورثة لا تقبل ملهم ذلك ويقضون المال والكفيل منه برىء فى قول أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله ليس للورثة فى ذلك قول فمحمد رحمه الله يقول بان هذا فى حق الورثة اسقاط محض لانه لا دين عليهم حقيقة انما عليهم مجرد المطالبة فاشبه الكفيل ثم فى حق الكفيل لا يرتد بالرد فكذا فى حقهم وأبو يوسف رحمه الله يقول ان الدين قائم وقد أخذ شبها بالاعيان بعد الموت لتعلقه بالتركة فكان أقبل للتمليك فى هذه الحال والملك بهذا التمليك واقع لهم فيرتد بردهم كما لو أضاف الابراء اليهم تنصيصا واذا وهب الطالب المال الذى عليه الاصيل فأبى أن يقبل كان المال عليه وعليه فضله لان الهبة منه كالهبة من كفيله ولو وهبه من كفيله فأبى ان يقبل كان المال عليه بخلاف ما اذا أبرأه فأبى أن يقبل لانه لا يعود الدين على الكفيل لانا نجعل ابراءه كابراء الكفيل لا يرتد بالرد فكذلك هنا واذا وهب للكفيل وقبله رجع به علي الذي عليه الاصل لانه ملكه بالهبة فصار كما لو ملكه بالاداء والتمليك منه صحيح لانه قابل للملك فى حق ما فى ذمة الاصل ولهذا يملكه بالأداء واذا ملكه رجع عليه وكذلك المحتال عليه واذا كانت الكفالة علي ان المكفول عنه برىء أو كانت حوالة فوهب الطالب الذى كان عليه الاصل فالهبة باطلة لانه ليس فى ذمته شئ لانتقال الدين الى ذمة غيره وعلى رواية الجامع ينبغى أن يصلح ولو وهب الكفيل الذى عليه الاصيل فهو جائز لانعقاد سبب وجوب الدين له فى الحال فان أدى الكفيل لم يرجع به عليه لانه يقرر ملكه ما فى ذمته فصحت الهبة فصار كما لو وهبه بعد الاداء فان أدى الذى عليه الاصل لم يرجع به على الكفيل لانه تبين أن هبته باطلة لانتقاض سبب وجوب الدين بينهما والله سبحانه وتعالى أعلم

باب اقرار أحد الكفيلين بأن المال عليه

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل علي رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بالمال وأقر أحد الكفيلين بأن المال كله عليه وأداه وأراد أن يرجع بنصفه على صاحبه وقال انما عنيت باقرارى أنه على لانى كفلت عنك كل حصتك فله أن يرجع عليه بنصفه لانه صادق في قوله انه كله عليه لكن بعضه بحكم الكفالة وبعضه بحكم الاصالة ولو أقر ان

كله عليه وان صاحبه كفل عنه بأمره لم يكن له أن يرجع على صاحبه بشيء لانه قد صرح انه أصيل فى كله وصاحبه كفيل عنه فيجري على قضية قوله . ولو أن رجلين كان عليهما خمسون دينار الرجل قرضاً وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ضامن له فأشهد أحدهما على صاحبه أنى معك دخيل فى هذا المال ولو أقر الآخر بذلك ثم ادعي أن المال كله على صاحبه فانه يرجع على صاحبه بنصفه لان قوله أنت دخيل معى ليس باقرار بشيء لم يكن عليه خاصة دون الآخر يريد به انه أخبر بكونهما دخيلين فى هذا المال وهذا يقتضي أن يكونا أصيلين فى بعضه فمن ادعى أن كله على صاحبه فقد ناقض فيما أخبر فلا يلتفت الى ذلك وان أقر أحدهما أن هذا المال عليه خاصة دون الآخر ثم أدى المال لم يرجع على صاحبه بشيء لانه نص أنه كفيل أصيل فى الكل ولو أداه صاحبه كان له أن يرجع بكله عليه ولو كان لرجل على ثلاثة نفر ألف درهم فى صك باسمه وبعضهم كفلاء عن بعض ضامنون للمال كله فأقر الطالب ان أصل المال على أحدهم وان الآخرين كفيلان عنه ولم يقر بهذه الكفالة التى نسبت اليه فى الصك ثم أدى المال أحدهم فله أن يرجع على صاحبه بالثلثين لانه أقر على غيره فلم يعتبر ولو لم يقر الطالب بذلك ولكن أحد الكفلاء قال أصل المال علىّ وصاحباى منه بريئان ثم أدى المال لم يرجع على صاحبيه بشيء لان زعمه معتبر فى حقه وان أداه صاحباه رجعا بالكل عليه لاقراره انه أصيل فى جميع المال واقراره ملزم اياه ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فى صك باسمه وفلان بها كفيل فأقر الكفيل ان أصل المال عليه وان فلانا كفيل عنه وانه انما قدمه فى الصك لشيء خافه فأدى المقدم فى الصك المال كله فله أن يرجع بذلك على الكفيل مؤاخذا بما أقر به على نفسه ويجعل ذلك فى حقه كالثابت بالبينة ولو كان أصل المال قرضا فى الصك أو من ثمن بيع ونسبه الى الذى فى صدر الصك ثم أقر الكفيل بهذه المقالة كان اقراره على نفسه أصدق مما فى الصك لان اقراره على نفسه حجة ملزمة والصك ليس بحجة ملزمة مالم يشهد الشهود بما فيه وشهادة الشهود بما فيه لا تكون مقبولة مع تكذيبه اياهم باقراره فلهذا كان المقبول ماأقر به على نفسه ولو لم يقر الكفيل بهذه المقالة ولكنه أقر انه هو القابض للمال من صاحب الصك أو انه قد اشترى المبيع من صاحب الصك وقبضه وقال الذى عليه الصك وهو الذى اسمه فى أوله أجل أو صدق ثم ادعى المقر له المال فله أن يرجع على صاحبه المقر لان اقراره بمباشرة سبب التزام المال

يكون اقرارا منه بأنه أصيل فى جميع المال وان صاحبه كفيل به واقراره حجة عليه ولو لم يقر الكفيل بذلك ولكنه أقر أنه قبض المال من المكفول عنه فهو جائز لانه بالكفالة قد استوجب المال على المكفول عنه وان كان مؤجلا واقراره بقبض الدين المؤجل صحيح فان أداه المكفول عنه الى الطالب رجع على الكفيل بسبب اقراره لان ثبوت قبضه منه باقراره كثبوته بالبينة أو بالمعاينة فى حقه واذا كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بجميع المال فادعى كل واحد منهما على صاحبه انه كفيل عنه لم يصدق واحد منهما على ذلك الا بحجة لانه يدعي خلاف المعلوم بطريق الظاهر فعلى كل واحد منهما البينة على ما ادعى فان لم يكن له بينة يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانه يدعي على صاحبه مالو أقر به لزمه وأيهما نكل عن اليمين فنكوله بمنزلة اقراره فيثبت بنكوله ان أصل المال عليه وان حلفا جميعا ثم أدى أحدهما المال رجع على صاحبه بنصفه لان دعوى كل واحد منهما تنفى عن صاحبه نصيبه وقيل هذه الدعوى اذا كان أدى أحدهما المال رجع على صاحبه بالنصف لاستوائهما فى الضمان ان قامت البينة من الاصيل أن المال على أحدهما والآخر كفيل ولم يعرفوا ذلك فهذا بمنزلة من لم تقم عليه بينة لان المشهود عليه بالاصالة منهما مجهول والشهادة على المجهول لا تكون مقبولة ولا تبطل هذه الشهادة حق الطالب ولا توهنه لانها لا تمس حقه وان أقر الطالب أن الاصل على أحدهما والآخر كفيل لم يصدق على ذلك لان اقراره ليس بحجة لاحدهما على صاحبه وشهادته فى ذلك لا تكون مقبولة لان المال له فانما يشهد لنفسه على أحدهما بأن جميع المال عليه وكذلك لو كان للطالب ابنان فشهدا بذلك لانهما يشهدان لابيهما وهذا اذا لم يكن على أصل المال بينة أنه عليهما وكل واحد منهما ضامن فان كان على أصل المال بينة بذلك فشهادة ابنى الطالب جائزة لانهما لا يثبتان بشهادتهما حق أبيهما وانما يشهدان لأحد الغريمين على الآخر انه هو الاصيل وان صاحبه كفيل فلا تتمكن التهمة فى هذه وكذلك ان كان الغريمان مقرين بالمال لان حق الطالب عليهما ثابت باقرارهما فشهادة ابني الطالب على هذا لا تكون لابيهما وانما تكون لاحدهما على الآخر ولو شهد ابنا أحدهما أن الاصل على أبيه والآخر كفيل عن أبيه جاز لانهما يشهدان على أبيهما ولو شهدا أن الاصل على الآخر وان أباهما كفيل به عنه لم تجز شهادتهما لانهما يدفعان بهذه الشهادة عن أبيهما مغرما ويجران اليه المنفعة فكانا متهمين فيه والله تعالى أعلم بالصواب

باب بطلان المال عن الكفيل من غير أداء ولا ابراء

(قال رحمه الله) واذا كفل الرجل بمال عن رجل من ثمن مبيع اشتراه فاستحق المبيع من يده بريء الكفيل من المال لان باستحقاق المبيع انفسخ البيع وبريء الاصيل من الثمن وبراءة الاصيل منه توجب براءة الكفيل لان الكفيل يلتزم المطالبة التي هي على الاصيل ولا تبقى المطالبة على الاصيل بعد استحقاق المبيع فكذلك على الكفيل وكذلك لو رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو باقالة أو بخيار شرط أو رؤية أو بفساد البيع لان الاصيل يبرأ عن الثمن بهذه الاسباب وكذلك المهر يبطل عن الزوج كله بفرقة من جهتها قبل الدخول أو بعضه بالطلاق ببراءة الكفيل به مما بطل عن الزوج لبراءة الاصيل وكذلك الكفيل بطعام السلم اذا صالح الاصيل الطالب على رأس المال فهو بريء مما كفل به لبراءة الاصيل وليس عليه شيء من رأس المال لانه دين آخر سوى ما كفل به وهو ليس ببدل عن المكفول به وكيف يكون بدلا ووجوب المسلم فيه بعقد السلم ووجوب رأس المال بانفساخ عقد السلم والبدل مايجب بالسبب الذي وجب به الاصل فلو ضمن المشترى ثمن المشترى لغريم البائع يعني أحال البائع غريما له على المشترى حوالة مقيدة بالثمن أو كفل المشتري لغريم الكفالة البائع كفالة مقيدة بالثمن ثم استحق العبد بطلت الحوالة والكفالة لان بانفساخ العقد من الاصل ينتفي الثمن عن المشترى من الاصل وقد كان التزاما مقيدا به وكذلك لو وجد العبد حرا أو رده المشتري بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو هلك العبد قبل القبض لم تبطل الحوالة عندنا ولا الكفالة لان بما اعترض من الاسباب لا يتبين أن الثمن لم يكن واجبا على الاصيل وعلى قول زفر رحمه الله تبطل الكفالة والحوالة لان البيع ينفسخ من الاصيل بهذه الاسباب ويسقط الثمن عن المشتري وقد كان التزامه مقيدا به (واستشهد في الكتاب بالصرف) فقال لو باعه بالدراهم مائة دينار وقبضها ثم انفسخ البيع بهذه الاسباب رجع على البائع بألف درهم لان صرفها وأصلها صحيح بخلاف مااذا استحق العبد أو وجد حرا فانه يرجع بالدنانير لانه تبين أن الدراهم لم تكن واجبة من الاصيل وعلى هذا لو ضمن الزوج مهر المرأة لغريمها ثم وقعت الفرقة بينهما قبل الدخول من قبلها لم يبرأ الزوج عن الكفالة إلا على قول زفر رحمه الله ثم اذا أداها رجع بها على المرأة لانه كفل عنها بأمرها فيستوجب الرجوع عليها عند الاداء الا انه كانت تقع المقاصة قبل الفرقة بمهرها وقد انعدم ذلك بسقوط

المهر عنه فيرجع عليها بالمؤدى وكذلك لو طلقها قبل أن يدخل بها غير انه يرجع عليها بنصف المؤدى لان المقاصة وقعت بالنصف الثانى من مهرها ولو كاتب رجل عبده على ألف درهم ثم أمره فضمنها لغريم له على المولى ألف درهم وقبل الحوالة بها فذلك صحيح لان هذا ليس بكفالة ولا حوالة فى الحقيقة ولكنه بمنزلة توكيل المولى غريمه باستيفاء بدل الكتابة من المكاتب ولا فرق فى حق المكاتب بين أن يكون يطالبه المولى بالبدل وبين أن يطالبه غريم المولى فان أعتق المولى المكاتب عتق ولم يبرأ من الضمان وفي بعض نسخ الاصل قال وبرئ من الكفالة لانه كان بمنزلة التوكيل وباعتاق المكاتب يسقط عنه بدل الكتابة حتى لا يطالبه المولى بشيء منه فكذلك وكيله * ووجه الرواية الاخرى أن الغريم كان يطالبه بدينه قبل العتق ولم يتغير حكم دينه باعتاق المكاتب وانما كان هذا بمنزلة التوكيل وحكم توجه المطالبة للغريم علي المكاتب بالتزامه فأما المطلوب فى حق الغريم دينه وما اعترض من العتق لا ينفى التزام المطالبة ابتداء فلأن لا ينفي بقاءه بطريق الاولى ثم اذا أدى رجع علي المولى لانه قبل العتق كانت تقع المقاصة بدين الكتابة وقد انعدم ذلك حين سقط عنه دين الكتابة بالعتق وكذلك لو مات المولى والمكاتب مدبر يعتق وعتق من ثلثه أم ولد فعتقت لان البراءة عن بدل الكتابة يحصل بهذا السبب كما يحصل باعتاق المولى اياه ولو كفل عبد عن مولاه بألف درهم بأمره ثم أعتقه المولى فأداه لم يرجع على المولي فأما بعد العتق فانه يطالبه بذلك المال لانه كان مطالبا في حال رقه بالعتق وهو لا يزيده الا وكادة ولان المولى شغله به حين أمره بالكفالة عنه فهو بمنزلة مالو أقر بالدين عليه ثم أعتقه فلا يرجع العبد بها على المولى وان أدى من كسب هو خالص حقه لان الكفالة حين وقعت لم تكن موجبة لرجوع الكفيل على الاصيل فلا يصير موجبا للرجوع بعد ذلك بخلاف المكاتب فان هناك أصل الكفالة كانت موجبة لرجوع المكاتب على المولى عند الاداء لان المكاتب يستوجب على مولاه دينا الا أنه كانت تقع المقاصة ببدل الكتابة وهنا أصل الكفالة لم يكن موجبا لرجوع العبد على المولى فان العبد لا يستوجب على مولاه دينا ولو ان رجلا له على رجل الف درهم فأمره ان يضمنها الغريم له ثم ان الآمر وهبها للكفيل أو ابرأه منها لم يجز ذلك وكان للمكفول له ان يأخذه بالمال لان الكفالة أو الحوالة المقيدة قد اشتغلت بما للآمر في ذمة الكفيل لحق الطالب وذلك يمنع الآمر من التصرف فيه بمنزلة الراهن اذا تصرف فى المرهون بالهبة أو البيع من انسان فانه لا ينفذ لحق

المرتهن ولو مات الآمر وعليه دين ولم يقتض المكفول له الدراهم كانت الدراهم بين سائر غرماء الميت ولم يكن المكفول له أحق بها منهم استحسانا وكان ذلك القياس أن يكون للمكفول له خاصة وهو قول زفر رحمه الله لانه صار كالمرهون به ولان سائر الغرماء يثبت حقهم من جهة الاصل وقد كان مقدما على الأصل في هذا المال في حياته * ووجه الاستحسان ان المكفول له لم يصر أحق بغرم هذا المال حتى لو برئ مما في ذمة الكفيل لم يبطل حق المكفول له ولا يكون أحق بالغنم وبه فارق الرهن فقد صار المرتهن أحق بغرم الرهن هنالك * يوضحه ان يد الاستيفاء ثبتت للمرتهن بقبض الرهن وعلى ذلك ينبني اختصاصه به دون سائر الغرماء وهنا يد الاستيفاء لم تثبت للمكفول له فيما في ذمة الكفيل بل هو مال الاصيل فيقسم بعد موته بين غرمائه بالحصص ولو كان المكفول عنه حيا فأقام رجل البينة أن هذا المال له وانه أمر فلانا فباع المبيع الذى هذا المال ثمنه لم يكن له ان يبطل الكفالة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولكنه يضمنه للبائع وفي قول أبي يوسف رحمه الله تبطل الكفالة وهو بناء على مسئلة كتاب البيوع ان الوكيل بالبيع عندهما في نفوذ تصرفه في الثمن بمنزلة العاقد لنفسه ويضمن للموكل وعند أبي يوسف رحمه الله بمنزلة الثابت لاينفذ من تصرفه الا مايرجع الى القبض ولو كان المال الى أجل وبه كفيل فان مات الاصيل فقد حل المال عليه ولا يحل على الكفيل حتى يمضي الاجل لان الاصيل استغنى بموته عن الاجل والكفيل محتاج اليه وحلوله على الاصيل لا يمنع كونه مؤجلا على الكفيل كما لو كفل الكفيل بمال هو حال على الاصيل مؤجلا الى سنة ولو كان الميت هو الكفيل فقد حل المال عليه لوقوع الاستغناء عن الاجل ويؤخذ من تركته في الحال ثم لا يرجع ورثته على الأصيل قبل أن يحل الاجل عندنا وقال زفر رحمه الله يرجعون على الاصيل في الحال لانهم أدوا دينا عليه بعد توجه المطالبة فيه شرعا بحكم الكفالة عنه بأمره فيرجعون اليه وهذا لان الكفيل يصير بمنزلة المقرض لما أدى عن الاصيل فيستوجب الرجوع به عليه في الحال الا اذا قصد اثبات حق الرجوع لنفسه بتعجيله قبل حل الاجل ولم يوجد اذا كان سقوط الاجل حكما لموته ولكنا نقول بالكفالة كما وجب المال للطالب على الكفيل مؤجلا والاصيل باق منتفع بالاجل فكما بقي المال مؤجلا في حق الطالب بعد موت الكفيل فكذلك في حق الكفيل للطالب قبل حل الاجل فانه لا يرجع على الاصيل حتى يحل الاجل فهذا مثله ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه ثلاثة رهط

بعضهم كفلاء عن بعض بالمال وهو حال من ثمن مبيع فأخر الطالب أحد الكفلاء الى سنة فهو جائز وله أن يأخذ أيهم شاء سواء بجميع المال بمنزلة مالو كان أحدهم كفل به مؤجلا في الابتداء فان المال يكون حالا على الباقين وهذا لان كل واحد منهم كفيل بجميع المال وابراء أحد الكفلاء لايوجب البراءة للباقين كما لا يوجب براءة الاصيل فكذلك التأخير عن أحد الكفلاء الي سنة فان أدى المال أحد الكفيلين الآخرين كان له أن يأخذ صاحبه بالنصف ليستوى به فى غرم الكفالة كما هو مساوله فى الالتزام بأصل الكفالة ولا يأخذ الذى أخره حتى يحل الاجل لان الاجل ثابت فى حقه فكما لاتتوجه مطالبة الطالب عليه بشئ لمكان الاجل فكذلك مطالبة الكفيل الآخر فاذا حل الاجل وقد كان أخذ من صاحبه النصف بيعا جميعا ذلك الكفيل بالثلث لانه كان مساويا لهما فى الكفالة وقد كان المانع لهما من الرجوع عليه الاجل وقد انعدم فيرجعان عليه بقسطه وهو الثلث ليستووا فى غرم الكفالة ثم يرجعون على الاصيل بجميع المال فلو كان الطالب أخر المال على الاصيل سنة كان ذلك تأخيرا عن جميع الكفلاء بمنزلة ما لو أبرأ الاصيل وكان ذلك موجبا براءة الكفيل اولو كان أخر كفيلا منهم شهرا وآخر شهرين وآخر ثلاثة أشهر كان جائزا على ماسمي فان حل على صاحب الشهر أخذه من سهمه ولا يرجع هو على الآخرين لقيام المانع وهو الاجل وان أخر الذى عليه الاصل بعد هذا سنة كان المال عليهم الى سنة ودخلت الشهور تحت السنة لان التأجيل فى حق الاصيل فهو في حق الكفيل ولو كان أخر الكفيل شهرا ثم أخره سنة دخل الشهر فى السنة فهذا مثله وان كان المال من ثمن مبيع أو غصب وبه كفيل فأخر الطالب الاصيل الى سنة فأبى أن يقبل ذلك فالمال عليه وعلى الكفيل حال كما كان لان تأخير المطالبة بالتأجيل فى حق الاصيل بمنزلة اسقاطه بالابراء وابراء الاصيل يرتد بالرد فكذلك التأخير عنه يرتد برده فيبقى المال عليه حالا وكذلك على الكفيل لان التأجيل فى حق الاصيل يجعل فى حق الكفيل بمنزلة ما لو أجل الكفيل ولو أجل الكفيل فأبى أن يقبل المال أن يثبت حالا فكذلك اذا أجل الاصيل وهذا لان التأجيل لايوجب انفساخ الكفالة سواء أجل الكفيل أوالاصيل واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها ثلاثة نفر وبعضهم كفلاء عن بعض ثم ان الطالب وهب المال لواحد منهم فأبى أن يقبل فالمال عليهم كما كان لان الهبة من الكفيل تمليك فيرتد برد الكفيل كما

يرتد برد الاصيل اذا وهب منه وان قبل فقد تملك المال بقبول الهبة فهو بمنزلة مالو وهبه
علكه بالاداء فان شاء رجع على الاصيل بجميع المال وان شاء رجع على صاحبيه بالثلثين ان
وجدهما أو على أحدهما بالنصف ان وجده دون الآخر بمنزلة مالو أدى المال فان كان الموهوب
له غائبا فلم يقبل ولم يرد ولم يعلم به حتى مات فالهبة جائزة ويرجع ورثته على أيهم شاء ولما
بينا أن هبة الدين اسقاط يتضمن التمليك فان ضمنه معنى التمليك يرتد برده مادام حيا ولكونه
اسقاطا يتم بموته قبل الرد ويجعل تمامه كتمامه بقبوله وورثته قائمون مقامه فيرجعون على
أيهم شاء كما بينا ولو وهبه لرجلين من الكفلاء فقبلا جاز ورجعا به على الاصيل وان شاآ
رجعا على الكفيل الثالث بالثلث بمنزلة مالو أديا وليس لواحد منهما أن يرجع على صاحبه بشيء
من أجل ان كل واحد منهما صار متملكا خمسمائة وهما يستويان فى ذلك وان أخذا الكفيل
الثالث فأدى اليهما الثلث ثم أراد هذا الكفيل الغارم أن يرجع على أحدهما بنصف ماأدى
الى الآخر لم يكن له ذلك لان كل واحد منهما متملك للثلث فيكون بمنزلة مالو أدوا جميعا المال
الى الطالب وانما يتبعون الاصل بالألف كلها فاذا أخذوها كان لكل واحد منهم ثلث
المقبوض ولو أن الطالب حين وهب المال لهذين الكفيلين قبل أحدهما الهبة وأبى الآخر
أن يقبل فللذى قبل أن يأخذ ثلث هذا النصف من الكفيلين الآخرين لان تملكه نصف المال
بقبول الهبة كتملكه بأداء النصف فان شاء رجع على الكفيلين مما بثلثى ذلك النصف وان شاء
على أحدهما بنصف ذلك الثلث ويأخذ الطالب بالنصف الآخر أىّ الكفلاء شاء وان شاء
رجع على الاصيل لان الهبة بطلت فى هذا النصف برد الموهوب له فعاد الحكم كما كان قبل الهبة
فان قبض الطالب من الذى عليه الاصل شيئا فهو له خاصة وللطالب أن يأخذ الموهوب
له بما بقي من ذلك لان النصف الباقى ماوهبه منه فهو فيه كغيره من الكفلاء ولو وهب الطالب
نصف المال لاحد الكفلاء كان بهذه المنزلة فان رجع الموهوب له على الكفيلين بثلثى ذلك
النصف فأخذه منهما لم يتبعه واحد منهما بشيء من ذلك لانه لو كان له حق الاتباع بعد الاداء
كان له أن يمنع ذلك منه فى الابتداء ولكن لو أديا الى الطالب خمسمائة كان للموهوب له أن
يرجع عليهما بثلث خمسمائة أخرى فيرجع عليهما بتلك الخمسمائة حتى يكون الاداء عليهم أثلاثا
وكذلك الصدقة والنحلة والعطية فأما البراءة فليست كذلك ولا يرجع المبرأ من الكفلاء على
على أحد بشيء لان ابراء الكفيل فسخ للكفالة وليس بتملك شيء منه والله تعالى أعلم

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

باب الحلف في الكفالة

(قال رحمه الله) واذا حلف الرجل لا يضمن لفلان شيئا فضمن له بنفس أو مال فهو حانث لانه قد ضمن له فالمفهوم من هذا اللفظ التزام المطالبة بتسليم شئ مضمون له وقد وجد ذلك وكذلك لو كفل أو قبل الحوالة له وقال في الحوالة ضمان وزيادة والكفالة والضمان عبارتان عن عقد واحد ولو اشترى شيئا بأمره فهذا ليس بضمان وانما هذا التزام لعقد الشراء وعقد الشراء لا يسمى كفالة عرفا وفي الايمان يعتبر العرف ولو ضمن لعبده أو مضاربه أو شريك له مفاوض أو عنان لم يحنث لان الضمان وقع لغيره فان المضمون ما تجب به المطالبة قبل الضامن بعقد الضمان وهو غير المحلوف عليه فاما المحلوف عليه ان توجهت له المطالبة فذلك باعتبار سبب آخر دون عقد الضمان (ألا ترى) أن الرد والقبول انما يعتبران ممن ضمنه له دون المحلوف عليه وعلى هذا لو ضمن الرجل فمات فورثه المحلوف عليه لم يحنث وان صار الضمان له في الانتهاء لان الاصل كان لغيره وانما يثبت له باعتبار سبب آخر وهو الخلافة عن المورث ولو حلف لا يضمن لاحد شيئا فضمن انسان ما أدركه من درك في دار اشتراها أو عبد حنث لانه قد ضمن للمشتري (ألا ترى) انه يسمى في الناس ضامنا من كان ضامنا للدرك وهو بمنزلة مالو قال ان لم يوفك فلان مالك اذا حل أو ان مات فلان قبل ان يوفيك فهو علي أو فانا له ضامن فانه يكون ضامنا له ويكون حانثا في يمينه وان كانت المطالبة متأخرة عنه الى أن يوجد ما صرح به ولا يخرج به من أن يكون ضامنا في الحال فكذلك في الدرك ولو ضمن لرجل غائب لم يخاطب عنه أحد لم يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويحنث في قول أبي يوسف رحمه الله وهو بناء على ماسبق أن الكفالة للغائب اذا لم يقبل عنه أحد باطل في قولهما فلا يحنث في يمينه وهو صحيح في قول أبي يوسف رحمه الله والضمان لازم للكفيل فيكون حانثا في يمينه ولو خاطبه عنه مخاطب حنث في قولهم جميعا لان الضمان صحيح في حق الضامن وان كان للمضمون له الخيار اذا بلغه بين أن يرضى به وبين أن يرده فيتم به شرط الحنث في حقه ولو ضمن لصبي لان أباه أو وصيه لو أجاز ذلك جاز فهو بمنزلة مالو ضمن الغائب فيتم في حقه اذا خاطبه به مخاطب وكذلك العبد المحجور عليه يحلف انه لا يضمن شيئا فضمن فهو حانث لان يمين المحجور عليه ينعقد لكونه مخاطبا والالتزام بالضمان صحيح في حقه وان كان المال يتأخر عنه الى ما بعد العتق لحق مولاه فهو بمنزلة مالو

ضمن الغائب وعنه مخاطب أو ضمن لانسان بعد ماحلف وهو مفلس ولو حلف لايكفل بفلان أو لايضمن فلانا فكفل عنه بمال لم يحنث لان الكفالة بفلان اذا أطلقت فانما يفهم منها الكفالة بالنفس ومطلق اللفظ فى اليمين محمول على ما يتفاهمه الناس فى مخاطباتهم فان عنى المال كان ذلك على ماعنى لانه شدد على نفسه بلفظ يحتمله وقد تقدم بيان هذا الجنس فى كتاب والله أعلم

باب الكفالة بما لايجوز

(قال رحمه الله) ولا يجوز الكفالة بشجة عمد فيها قصاص ولا بدم عمد فيه قصاص حتى لايؤاخذ الكفيل بشيء من القصاص ولا من الارش لان الكفالة انما تصح بمضمون تجرى النيابة فى ايفائه والقصاص عقوبة لاتجرى النيابة فى ايفائها فلا يصح التزامها بالكفالة والارش لم يكن واجبا على الاصيل بالفعل الذى هو موجب للقصاص والكفيل لم يكفل به أيضا وكذلك الكفالة بحد القذف باطلة لانه عقوبة لاتجرى النيابة في ايفائها ولان الغالب فيه حق الله تعالى فيكون على قياس سائر الحدود وكذلك لا تجوز الكفالة بشيء من الامانات لانها غير مضمونة على الاصيل ولا هو مطالب بايفائها من عنده وانما يلتزم الكفيل المطالبة بما هو مضمون الايفاء على الاصيل فاذا استهلكها بعد ذلك من هى فى يده أو خالف فيها لم يلزم الكفيل ضمانها لان أصل الكفالة لم يصح والضمان انما لزم الاصيل بسبب حادث بعد الكفالة وهو ما أضاف الكفالة الى ذلك السبب وكذلك فى القصاص لوصالح الطالب المطلوب على مال لم يلزم الكفيل من ذلك المال شيء لانه وجب بعقد بعد الكفالة والكفالة ما أضيفت اليه وكما لاتصح الكفالة بهذه الاشياء فكذلك الرهن لان جواز الرهن يختص بما يمكن استيفاؤه من الرهن فان موجبه ثبوت يد الاستيفاء وكذلك الكفالة بالرهن عن المرتهن الرهن باطل لان عين الرهن أمانة فى يد المرتهن والكفالة بتسليم الامانة لا تصح كالوديعة والعارية والمضاربة وكذلك الكفالة للمولى بمملوكة وهو فى بيت مولاه أو قد أبق عنه باطلة لانه غير مضمون للمولى على العبد فان المولى لا يستوجب على عبده حقا مضمونا وهذه الكفالة دون الكفالة ببدل الكتابة للمولي عن مكاتبه وذلك باطل فهذا أولى ولو دفع ثوبا الي قصار ليقصره وضمنه رجل فضمانه باطل فى قول أبى حنيفة رحمه الله وكذلك من يشبهه

من الصناع لان العين عنده أمانة فى يد الاجير المشترك ولهذا لو هلك من غير صنعه لم يضمن وأما فى قول من يضمن الاجير المشترك ماهلك عنده بسبب يمكن التحرز عنه وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فالكفيل ضامن لان العين عندهما مضمونة فى يد القابض بنفسها وهو بمنزلة المغصوب فى يد الغاصب فتصح الكفالة به ولو كفل بعبد رجل ان هو أبق من مولاه فهو باطل لانه ماأضاف الكفالة الى سبب وجوب الضمان فالاباق ليس بسبب يوجب ضمانا للمولى على عبده وكذلك لو كفل بدابته ان انفلتت منه أو بشيء من ماله ان تلف لان الكفيل يلتزم مطالبة هى على الاصيل وذلك ينعدم هنا ولو استودع رجلا وديعة على أن هذا كفيل بها ان أكلها أو جحدها فهو جائز على ماشرط لانه أضاف الكفالة الى سبب وجوب الضمان والمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز وكذلك لو قال أنا كفيل بما صالحته عليه من مال من القصاص الذى تملك عليه فى نفس أو من مال لك عليه لانه أضاف الكفالة بالمال الى سبب توجه المطالبة بها وكذلك لو قال ان قتلك فلان خطأ فأنا ضامن لديتك فقتله فلان خطأ فهو ضامن ارشه لانه أضاف الكفالة بالارش الى سبب موجب له وهو مما تجرى النيابة فى ايفائه ولو قال ان أكلك سبع أو ذئب فأنا ضامن لديتك فهذا باطل لانه ماأضاف الضمان الى سبب موجب له ولو قال ان غصبك انسان فأنا ضامن له فغصبه انسان شيئا فلا ضمان عليه لانه عم ومعناه أن المكفول عنه مجهول جهالة متفاحشة وذلك يمنع انعقاد الكفالة مضافا كان أو مجردا ولو خص انسانا أو قوما لزمه ذلك لان المكفول عنه معلوم ولو دفع ثوبا الى قصار يقصره بأجرة وكفل به رجل ان أفسده أكان جائزا لان الأجير المشترك ضامن لما جنت يده فقد أضاف الكفالة الى سبب موجب الضمان فصحت الكفالة لهذا ولو ادعى قبل رجل قصاصا فى نفس أو دونها أو حدا في قذف وسأل القاضى أن يأخذ له كفيلا بنفسه وقال بينتى حاضرة لم يجبه القاضي الى ذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يجيبه الى ذلك لان تسليم النفس مستحق على الاصيل الطالب في هذا الموضع فتصح الكفالة به كما فى دعوى المال وهذا لان تسليم النفس تجرى فيه النيابة فالكفيل انما يلتزم مايقدر على ايفائه وأبو حنيفة رحمه الله يقول تسليم النفس هنا لمقصود لا تصح الكفالة به وهو الحد والقصاص فلا يجبر على اعطاء الكفيل بالنفس فيهما بخلاف المال وهذا لان العقوبات تدرأ بالشبهات فلا ينبغى للقاضي أن

يسلك فيها طريق الاحتياط بالاجبار على اعطاء الكفيل بالنفس لان ذلك يرجع الى الاستيثاق وهو ضد موضوع العقوبات ولكن السبيل أن يقول له الزمه ما بينك وبين قيامى فان أحضر البينة قبل أن تقوم القاضي والا خلي سبيله ولو أقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضى فان أقام شاهدين أو واحدا عدلا يعرفه القاضى فان القاضي يحبسه فى السجن حتى يسأل الشهود لانه صار متهما بارتكاب الحرام الموجب للعقوبة حين تم أحد شطرى الشهادة والحبس مشروع فى حق مثله (ألا ترى) أن الداعر يحبس ولا يكفل حتى يأتى بشاهد آخر لان الكفيل للاستيثاق بالحدود والقصاص وذلك غير مشروع فأما الحبس للتعزير فهو مشروع فى حق من هو متهم بارتكاب الحرام وعلى قولهما لا يحبسه قبل تمام الحجة الموجبة للقضاء ولكنه يكفله ثلاثة أيام كما فى دعوى المال ولو ادعى قبل رجل مالا بسرقة منه وقال بينتي حاضرة فانه يؤخذ له منه كفيل بنفسه ثلاثة أيام لان المدعي مال والاستيثاق بالكفالة فيه مشروع فان قال قبضت منه السرقة لكني أريد أن أقيم عليه الحد لا يؤخذ منه كفيل لان الحد يجب لله تعالي وهو ينبنى على الدرء والاسقاط فلا يستوثق بأخذ الكفيل بالنفس فيه وكذلك حد الزنا فان طلب المشهود عليه من الذى شهد عليه بالزنا حد القذف فقال الشاهد عندى بذلك أربعة شهداء أجل فيه الى قيام القاضى ليظهر عجزه بهذا الامهال عن اقامة أربعة من الشهداء فان لم يحضرهم أقام عليه حد القذف لان السبب الموجب للحد قد تقرر وهو القذف مع العجز عن اقامة أربعة من الشهداء ولم يحل عنه ولا يكفل لان ذلك يرجع الى الاستيثاق ولكن الطالب يلزمه الي قيام القاضى مراعاة لحقه حتى لا يهرب فان قال الشاهدان المشهود عليه عبد فالقول قوله لان ثبوت حريته بطريق الظاهر ومثله يدفع الاستحقاق ولا يستحق الحد وان طلب المقذوف من القاضى ان يأخذ له منه كفيلا حتى يحضر البينة انه حر لم يؤخذ لان هذا استيثاق لاقامة الحد ولكن القاذف يحبس على وجه له فقد استوجب ذلك باشاعة الفاحشة حرا كان المقذوف أو عبدا ويؤجل المقذوف أياما بمنزلة ما لو أقام رجل عليه البينة بالرق فزعم ان له بينة حاضرة على الحرية وكما يؤجل هناك أياما ليتمكن من اثبات حريته بالبينة فكذلك هنا وان أقام رب السرقة شاهدين على السارق وعلى السرقة وهى بعينها فى يديه لم يؤخذ منه كفيل ولكنه يحبس وتوضع السرقة على يدى عدل حتي تزكى الشهود لان في الاشتغال بأخذ الكفيل بنفسه أو بالعين المسروقة استيثاقا لاقامة الحدود

ذلك غير مشروع ولكنه يحبس على وجه التعزير وتوضع السرقة على يدى عدل لان السارق غير مأمون على العين المسروقة والمدعى عليه المال اذا كان يخاف منه ان يتلف المال فللقاضى أن يضعه على يدى عدل بعد اقامة البينة حتى يزكى الشهود واخراج العين فيه نوع تعزير له واذا ادعى عبد على حر قذفا وأراد أن يعذر له أو ادعى رجل قبل رجل مسئلة فيها تعزير وقال بينتى حاضرة أخذ له منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام لانه ليس بحد وانما هو تعزير وهو من حقوق العباد حتى يجوز العفو عنه وهو مما لا يندرئ بالشبهات التى هى فى معنى البدل بمنزلة الاموال ولو ادعت امرأة على زوجها انه قذفها والزوج حر أوعبد لم يؤخذ منه كفيل فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان اللعان فى قذف الزوج زوجته بمنزلة الحد فى قذف الأجنبي وقد بينا الخلاف هناك بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله فكذلك هنا ولو ادعى الولد قبل الوالد قذفا لم يؤخذ منه كفيل ولم يترك ان يلزمه لان الا بن لا يستوجب على والده شيئا من نوع العقوبة تعزيرا كان أو حدا أو قصاصا وكذلك لا يستوجب عليه الحبس فى دين له واجب عليه وكذلك لا يستوجب الملازمة فى دعواه قبله وكذلك لو ادعاه قبل والدته أوجده أو جدته وكذلك لو ادعى عبد ان مولاه قذف أمه وهى حرة مسلمة لان حقوق الملك فى اخراج المملوك من أن يكون أهلا لاستيجاب العقوبة على مالكه بمنزلة الولادة ولو ادعى حر قبل عبد قذفا فأراد أن يأخذ منه كفيلا بنفسه أونفس مولاه وخاف أن لا يقام عليه الحد الا بمحضر من مولاه لم يؤخذ له الكفيل من واحد منهما ولكنه يؤمر بتلازمهما الى أن يقوم القاضى فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولو أقام البينة عليه بذلك بمحضر من مولاه فان العبد يحبس له ويؤخذ له من مولاه كفيل فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول أبى يوسف رحمه الله لا يحبس العبد ولكن يؤخذ له كفيل بنفس العبد خاصة دون نفس المولى وفى قول محمد رحمه الله يؤخذ له الكفيل بنفس العبد ونفس مولاه والذى قال فى الكتاب ان قول محمد رحمه الله مثل قول أبى حنيفة رحمه الله انما يريد به أخذ الكفيل من المولى فأما حبس العبد فقوله كقول أبى يوسف رحمه الله وهو بناء على مسئلتين احداهما ما بينا من اخذ الكفيل بنفس المدعى قبله حد القذف والاخرى ماتقدم بيانه فى الآبق أن حد القذف بالبينة لا يقام على العبد الا بمحضر من مولاه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قول أبى يوسف رحمه الله يقام عليه وان لم يحضر المولى فقال أبو يوسف رحمه الله لا يأخذ الكفيلين بنفس

المولى لانه لاحاجة الي حضوره فى اقامته الحد ويؤخذ الكفيل بنفس العبد ولا يحبس قبل اقامة البينة ولا بعدها قبل ظهور عدالة الشهود لان هذا بمنزلة المال عنده فى حكم الكفالة بالنفس وقال محمد رحمه الله كذلك الا أنه قال يؤخذ الكفيل بنفس المولى لانه لابد من حضرة المولى لاقامة الحد على العبد عنده وعند أبي حنيفة رحمه الله فى دعوى حد القذف لايجبر على اعطاء الكفيل بالنفس قبل اقامة البينة ولكن يصار فيه الى الملازمة ولابد من حضرة المولى عنده لاقامه البينة فيكون للمدعي أن يلازمهما وبعد اقامة البينة يحبس العبد تعزيرا كما يحبس الحر اذا قامت البينة عليه بالقذف ويؤخذ من مولاه كفيل لانه لابد من حضرة المولى لاقامة الحد ولا سبيل الى حبسه لانه ماارتكب حراماً فيؤخذ منه كفيل نظرا للمدعي لانه ليس فى أخذ الكفيل من المولى هنا توثق بحد عليه اذ لاحد على المولى ولو ادعى رجل على رجل حدا فى قذف فأقام شاهدين على شهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين لم يكفل ولم يحبس وكذلك هذا في القصاص لانه لامدخل لهذا النوع من الحجة فى حد أو قصاص ولو كان هذا فى سرقة أخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود لان المال يثبت بهذه الحجة فان زكوا قضى عليه بالمال وكذلك كل جراحة لاقصاص فيها لا فى دعوى المال وبمثل هذه الشهادة يثبت المال فاذا ادعى رجل دم عمد على ثلاثة نفر فأقر اثنان منهم بذلك وشهدا على الثالث أنه قتل معهما عمدا فانهما يحبسان فاقرارهما على أنفسهما بمباشرة السبب الموجب للعقوبة ولا يحبس الآخر بشهادتهما ولا يكفل لان شهادتهما ليست بمقبولة على الثالث فانهما فاسقان ولانهما يشهدان بفعل كان مشتركا بينه وبينهما ولا شهادة لهما فى مثله فانما يبقى فى حق الثالث مجرد دعوى المدعي وبه لا يثبت الحبس ولا التكفيل ولو كان أولياء الدم ثلاثة فادعى أحدهم على رجل وادعى الآخر على الشريك قتل العمد وكل واحد منهما يدعى بينة حاضرة لم يحبس أحد منهم ولكن يؤخذ من كل واحد منهم كفيل ثلاثة أيام لانه لاقصاص فى هذه الدعوى وانما انهاء المال بشئ واحد منهما على من بينته عليه فى دعوى المال يكفل بالنفس ثلاثة أيام ولو ادعي رجل قبل رجل قطع يد عمدا ثم أبرأه وادعاه على آخر لم يكفل الثانى ولا تقبل بينة عليه لوجود التناقض منه فى الدعوى فان أقر الثانى بذلك قضى عليه لانه مناقض صدق خصمه فى ذلك الا انه لايقضى عليه بالقصاص لان ماتقدم من الدعوى منه على غيره يمنعه من استيفاء القصاص منه فيصير ذلك شبهة فى حق القصاص

دون المال وهذا مشكل فان تعذر استيفاء القصاص لمعنى من جهة من له الحق وهو تناقضه فى الدعوى وفى مثله لا يقضى بالدية كما لو قال قتلت وليك عمدا فقال لا بل قتلته خطأ لا يقضى بالمال وكل مالا قصاص فيه فهو بمنزلة الخطأ فى حكم الكفالة حتى اذا ادعى على رجلين قطع يد عمدا أخذ له منهما الكفيل بالنفس لان هذا غير موجب للقصاص وانما الدعوى فيه دعوى المال ولو أقام شاهدين عدلين على قتل خطأ قضى له بالدية ولا حبس على القاتل فى ذلك ولا كفالة لان الخاطئ معذور والخطأ موضع رحمة من الشرع علينا فالخاطئ لا يستوجب التعزير الا أن يكون داعرا فيحبس للدعارة لان فى حبس الداعر تسكين الفتنة ولو أن رجلا قطع يمنى رجلين فاجتمعا وطلبا كفيلا بنفسه لا يؤخذ لهما منه كفيل بنفسه من قبل ان كل واحد منهما يدعي القصاص (ألا ترى) أن أحدهما اذا أقام البينة قضى له بالقصاص واذا أقاما جميعا البينة قضى لهما بالقصاص حتى اذا بادر أحدهما واستوفى كان مستوفيا لحقه الا انهما اذا استوفيا القصاص يقضى لهما حينئذ بارش اليد وقضى بنصف طرفه حقا مستحقا عليه لكل واحد منهما واذا ثبت أن دعوى كل واحد منهما دعوى القصاص لم يؤخذ الكفيل بنفسه فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولو ادعى رجل قبل رجل قطع يد عمدا ويد القاطع شلاء فقال المدعي أنا أختار الدية فخذ لي منه كفيلا بنفسه أخذ له الكفيل لان باختياره يتعين حقه فى المال وفى دعوى المال تجري الكفالة بالنفس واذا ادعى رجل قبل رجل شتمة فاحشة وأقام عليه شاهدين بالشتمة لم يحبس المدعي عليه ولكن يؤخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود ولما بينا أن دعوى التعزير كدعوى المال وفى دعوى المال لا يحبس ما لم تظهر عدالة الشهود ثم الحبس نهاية العقوبة فى هذه الدعوى (ألا ترى) أن بعد عدالة الشهود لو رأى القاضى أن يحبسه أياما عقوبة ولا يعزر بالسوط كان له ذلك فلما كان الحبس له نهاية العقوبة هنا لا يمكن اقامتها قبل ظهور العدالة بخلاف القصاص والحدود وأشار فى الحدود والقصاص الى أن على قولهما بعد اقامة البينة قبل ظهور عدالة الشهود يحبس ولا يؤخذ الكفيل ولكن يبرأ الكفيل ان كان أخذه منه (تأويله) بعد ظور العدالة فأما قبل ذلك فلا يشتغل بحبسه عندهما على مافسره فى دعوى الحد على العبد وان كان المدعى عليه الشتمة رجلا له مروءة وخطر استحسنت أن لا أحبسه ولا أعزره اذا كان ذلك أول مرة لان احضاره مجلس القاضى فيه نوع تعزير فى حقه فيكتفى به فى أول مرة ويؤخذ بما رواه

الحسن رحمه الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تجافوا عن ذوي المروءة الا فى الحد
واذا ادعى رجل قبل رجل شيئا يجب عليه فيه عقوبة فأخذ منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام فهرب
المكفول به وقدم الطالب الكفيل الى القاضى فانه يحبسه حتى يجىء به لانه التزم تسليم نفسه
فيحبس لايفاء ماالتزمه ولو ادعى قبل رجل انه ضربه وخنقه وشتمه وأن له بينة حاضرة
أخذت له منه كفيلا ثلاثة أيام فان أقام على ذلك شاهدين أو شاهدا وامرأتين أو شاهدين
على شهادة شاهدين عزر به لان التعزير بمنزلة المال يثبت مع الشبهات وقد بينا في كتاب
الحدود أنه لايبلغ بالتعزير أربعين سوطا فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قول أبى يوسف
رحمه الله يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا اذا كان فى أمر متفاحش وتعزير العبد فى مثل
ذلك تسعة وثلاثون سوطا عنده ذكر هذه الزيادة هنا لان الاربعين حد فى حق العبد وقد
قال صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين ولو ادعت امرأة قبل زوجها
أنه ضربها ضربا فاحشا وادعت بينة حاضرة أو ادعى رجل ذلك قبل ولده الكبير أو قبل أخيه
يؤخذ منه كفيل ثلاثة أيام وكذلك الذمى يدعى الشتمة قبل المسلم أو الذمى أو العبد يدعيها
قبل الحر لان الدعوى في هذا كله دعوى التعزير والكفالة فيه مشروعة واذا مات الرجل
وعليه دين ولم يترك شيئا فكفل ابنه أجنبي للغريم بما له على الميت لم تجز الكفالة فى قول
أبى حنيفة رحمه الله وهى جائزة فى قول أبى يوسف ومحمد والشافعى رحمهما الله واذا كان
الميت ترك وفاء جازت الكفالة عندهم جميعا وان ترك شيئا ليس فيه وفاء فانه يلزم الكفيل
بقدر ماترك الميت فى قوله وفى قولهما يلزمه جميع ما كفل به وحجتهم فى ذلك ماروى أن النبي
صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة رجل من الانصار ليصلى عليه فقال صلى الله عليه وسلم هل على
صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أو ديناران فقال صلوات الله عليه وسلامه صلوا على صاحبكم
فقال أبو قتادة هما علىّ يارسول الله وفى رواية قال ذلك علي كرم الله وجهه فصلى عليه رسول
الله صلى الله عليه وسلم فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لماصلى عليه رسول الله صلى الله عليه
وسلم بعد الكفالة وعن عبد الحميد بن أبى أمية عن رجل من الانصار انه قال لاصحابه من
استطاع منكم أن يموت وليس عليه دين فليفعل فانى شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقد أتى بجنازة رجل من الانصار فقال صلى الله عليه وسلم هل على صاحبكم دين فقالوا نعم
فقال صلوات الله عليه وسلامه وما ينفعكم صلاتى عليه وهو فى قبره مرتهن بدينه ثم قال صلى

الله عليه وسلم فمن ضمنه قت فصليت عليه فهذا تنصيص على تصحيح الضمان عن الميت المفلس والمعنى فيه انه كفل بدين واجب فيصح كما فى حال حياة المديون وهذا لان الدين كان واجبا عليه فى حال حياته فلا يسقط الا بايفاء أو ابراء أو انفساخ سبب الوجوب وبالموت لا يتحقق شئ من ذلك (ألا ترى) انه مؤاخذ به فى الآخرة مطلوب به ولو تبرع انسان بقضائه جاز التبرع الا انه تعذرت مطالبته به فى الدنيا بموته وبهذا لا يخرج الحق من أن يكون مطلوبا فى نفسه كما لو أفلس فى حال الحياة وكالعبد اذا أقر على نفسه بدين ثم كفل عنه كفيل به صح وان كان هو لا يطالبه فى حال رقه لان الحق مطلوب فى نفسه وهذا لان ذمته باقية بعد الموت حكما لانها كرامة اختص بها الآدمى وبموته لا يخرج من أن يكون محترما مستحقا لكرامات بنى آدم (ألا ترى) أنه لو مات مليا بقى الدين ببقاء ذمته حكما لا للانتقال الى المال وليس بمحل لوجوب الدين فيه وانما هو محل القضاء الواجب منه ولو كان بالدين رهن بقى الرهن على حاله وان كان مات عن افلاس بأن كان الرهن مستعارا من انسان وبقاء الرهن لا يكون الا باعتبار بقاء الدين ولو قتل عمدا وهو مفلس فكفل به كفيل بالدين الذى عليه صح والقصاص الواجب ليس بمال ولو لم تكن الذمة باقية حكما لما صحت الكفالة هنا وهذا بخلاف دين الكتابة فالحق هناك غير مطلوب وكذلك الديون الواجبة لله تعالى فانها غير مطلوبة في الحكم فى الدنيا والكفالة تكون بالحق فيشترط كون الحق مطلوبا فى نفسه على الاطلاق وهناك الحق مطلوب فى نفسه وبموته لم يتغير الحكم فبقي مطلوبا وجه قول أبى حنيفة رحمه الله أن الحق قد توى وانما تصح الكفالة بالقائم مثلا من الدين دون التاوى وبيان ذلك هو انه لا يتصور قيام الحق بدون محله ومحل الدين الذمة وقد خرجت ذمته بموته من أن يكون محلا صالحا لوجوب الحق فيها فان الذمة عبارة عن العهدة ومنه يقال أهل الذمة وأصل ذلك من الميثاق المأخوذ على الذرية المأخوذة من ظهر آدم صلوات الله عليه قال تعالى وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم الآية وتمامه بالالزام المذكور فى قوله تعالى وكل إنسان ألزمناه طائره فى عنقه وذلك باعتبار صفة الحياة قبله فأما بالموت نخرج من أن يكون أهلا لالتزام شئ من الحقوق فى أحكام الدنيا فعرفنا أنه لم يبق له ذمة صالحة تكون محلا للحق ولكنه فى أحكام الآخرة معد للحياة فتبقى الذمة في أحكام الآخرة ولهذا كان مؤاخذا به وهو معد للحياة في الدنيا عادة فلا تبقى الذمة فى أحكام الدنيا وباعتبار المطالبة

فى أحكام الآخرة لا يمكن تصحيح الكفالة كما فى ديون الله جلت قدرته والدليل عليه أن الذمة لم تبق محلا لوجوب الحق فيها بعد الموت وكما يشترط المحل لابتداء الالتزام فكذلك يشترط المحل لبقاء الحق ولم يبق المحل فلا يبقى فى أحكام الدنيا أيضا والكفيل انما يلتزم المطالبة بما على الاصيل ولا يلتزم أصل الدين فى ذمته ولم يبق فى ذمة الاصيل شيء فى أحكام الدنيا فلا تصح الكفالة وهذا الدين فى حكم المطالبة دون دين الكتابة فالمكاتب يطالب بالمال وان كان لا يحبس فيه ثم هناك الكفالة به لا تصح فهنا أولى بخلاف المفلس فى حال الحياة فان ذمته محل صالح لوجوب الحق فيها ابتداء فبقى الواجب وبخلاف العبد أيضا فان له ذمة صالحة لوجوب الحق فيها وان ضعفت ذمته بسبب الرق وبخلاف ما اذا مات مليا فالمال هناك خلف عن الذمة فيما هو المقصود وهو المطالبة والاستيفاء لان الاستيفاء يكون من المال بجعل الاصل قائما حكما وهنا لم يبق خلف بعد موته مفلسا وتوهم أن يتبرع انسان بماله فيقضى عنه الدين لا يجعل مال الغير خلفا عن ذمته قبل جعل صاحبه وبخلاف ما اذا كان بالدين كفيل لان ذمة الكفيل هنا خلف عن ذمته وبعد صحة الكفالة قد يتحول الدين الى ذمة الكفيل عند الضرورة وهو عند أداء الكفيل أو الهبة وقد تحققت الضرورة هنا فلهذا بقى الكفيل فى الكفالة وكذلك الرهن خلف عن الذمة فيما هو المقصود وهو استيفاء الدين منه بقدر استيفائه من محل آخر واذا قتل عمدا فقد قال بعض أصحابنا رحمهم الله لا تصح الكفالة عند أبى حنيفة رحمه الله وبعد التسليم يقول القصاص الواجب بفرض أن يصير مالا بعفو بعض الشركاء أو تمكن الشبهة فتوهم توجه المطالبة فى الدنيا بقضاء ذلك الدين يجعل الذمة باقية حكما فتصح الكفالة لهذا المعنى والحديث المروى في الباب يحتمل أن يكون ذلك من أبى قتادة أو على رضى الله عنهما اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فى الكفالة سواء والعموم بحكاية الحال لا يثبت ويحتمل أن يكون وعدا منهما لا كفالة وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يمتنع من الصلاة على الميت ليظهر طريق لقضاء ما عليه فلما ظهر الطريق لوعدهما صلى عليه لهذا (ألا ترى) انه ماروى انه كان يقول لعلى رضى الله عنه بعد ذلك ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال صلى الله عليه وسلم الآن بردت عليه جلدته ولم يجبره على الاداء وبه يتبين انه كان وعدا لا كفالة والحديث الآخر شاذ ويحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم عرف أن لذلك الرجل مالا ولكنه ما كان ظاهرا عند الناس فلهذا ندبهم الى الضمان عنه ليصلي

عليه ثم هذا حكم منسوخ لاجماعنا على جواز الصلاة على المديون المفلس والاستدلال بالمنسوخ لايقوى والله أعلم بالصواب

باب كتاب القاضي فى الكفالة

(قال رحمه الله) واذا كتب القاضي الى القاضي فى كفالة بنفس رجل كفل به بأمره فأراد أن يقبل معه حتى يوافيه به فأقام على كتاب القاضي شاهدى عدل وكتب انه قد قامت عنده البينة العادلة انه كفل بنفسه بأمره فان القاضي يأمره بالخروج معه حتى يوفى مكانه ويخلصه مما أدخله فيه لان الكفالة بالنفس تثبت مع الشبهات فيثبت كتاب القاضي الى القاضي ثم الثابت بالبينة عند القاضي المكتوب اليه كالثابت باقرار الخصم ولو أقر الخصم بذلك فى الذمة بالخروج معه لانه هو الذى أوقعه فى هذه الورطة حين أمر أن يكفل بنفسه فعليه أن يخلصه ههنا كما لو أمر بالكفالة بالمال كان عليه تخليصه مما يلزمه به فان كفل بالبصرة وجاء بالكتاب من قاضي البصرة الي قاضي الكوفة بذلك فانه يؤمر أن يوافيه حتى يبرئه من ذلك لانه انما يلزمه تسليمه فى الموضع الذى التزم التسليم فيه ولا يقدر على ذلك الا بموافاة الآمر معه الى ذلك الموضع وكذلك لو كان كفل به بالكوفة على أن يوافى به بالبصرة فأخذ الطالب بالكوفة فانه يأمره القاضي أن يوافى معه بالبصرة حتى يبرئه لما قلنا ولو كفل بنفسه بالكوفة على أن يدفعه بالكوفة وأخذه الطالب بالبصرة فطلب كتاب قاضي البصرة الى قاضي الكوفة بذلك ليأمره بأن يوافى معه البصرة لم يجبه الي ذلك ولو كتب له يجبر قاضي الكوفة المكفول به على الذهاب معه الى البصرة لان مطالبة الطالب بالبصرة لا تلزم الكفيل شيئا فانه ما التزم تسليمه اليه بالبصرة ولو طلب الكفيل كتاب قاضي البصرة ببينة بالكفالة بأمره فانه يكتب له بذلك حتى اذا قدم الكوفة وطالب الطالب بالتسليم فامتنع الاصيل وجحد الآمر بالكفالة كان كتاب قاضي البصرة حجة له عليه ولو كتب القاضي الى القاضي كتابا فى كفالة بنفس رجل ولم يبين فى كفالته انه كفل بأمره فانه لا يؤخذ له بذلك بمنزلة مالو أقر انه كفل بغير أمره وهذا لانه لو كفل عنه بمال بغير أمره لم يكن عليه أن يخلصه من ذلك لانه التزمه باختياره فكذلك اذا كفل بنفسه بغير أمره واذا كان الكفلاء بالمال ثلاثة وبعضهم كفلاء عن بعض فأدى المال أحدهم والكفيلان الآخران فى بلدين

وصاحب الاصل في بلد آخر فأقام البينة بذلك عند القاضي وسأله أن يكتب له به فانه يكتب له
بثلاثة كتب الي كل بلد بصفة الكفالة وحالها وأداء المال لانه يحتاج الى ذلك كله فربما نقصد
أخذ الثلاثة فلا بد من أن يعطيه مايكون حجة له عليه الا أنه يكتب الى كل قاض بما كتب
به الى القاضي الآخر علي سبيل النظر فيه للخصوم لكيلا يلتبس المدعي ويأخذ مالا على
حدة كل كتاب عن كل خصم ولا بد من أن يسمى فى كتابه الشهود وآباءهم وقبائلهم لان
هذا الكتاب لنقل الشهادة فلا بد من اعلام الشاهد فيه واعلامه بذكر اسمه واسم أبيه وقبيلته
فان أخذ أحد الكفلاء فقال قد أخذت من الكفيل معي نصف المال أو من الاصيل المال
فعليه البينة لان الاصيل لو ادعى ذلك بنفسه كان عليه أن يبينه بالبينة فكذلك اذا ادعى ذلك
الكفيل وهذا لان السبب الموجب للرجوع له بنصف المال على الذى أخذه ظاهر وهو
يدعي مانعاً أو مسقطا فعليه اثباته بالبينة فان لم يكن له بينة حلف الذي ادعى المال وأخذ منه
نصفه واذا أدي الكفيل المال وأخذ به كتاب قاض الى قاض فلم يجد صاحبه هناك فان
القاضي الذي أتاه بالكتاب يكتب له الى قاض آخر بما أتاه من قاضي كذا لان على المكتوب
اليه أن ينظر له ويقبضه علي ما يتوصل به الى حقه كما هو على الكتاب ولان شهوده قد ثبت
فى مجلس القاضى المكتوب اليه بالكتاب فهو كما لو ثبت بأدائهم الشهادة فى مجلسه فعليه أن
يكتب له الي قاضي البلدة التى فيها خصمه وان رجع القاضي الذى كتب له أول مرة فقال
اكتب لى كتابا آخر فانى لم أجد خصمى فى البلد الذى كتب الى قاضيه لم يكتب له حتي يرد
اليه كتابه الاول نظرا منه لخصمه لان من الجائز أن تقصد المدعى التلبيس ليأخذ مالا بكل
كتاب وانما حقه فى مال واحد وان كتب له قبل أن يرد اليه كتابه فقد أساء فى ترك النظر
لاى الخصمين وميله الى أحدهما وتمكينه من التلبيس وليبين فى كتابه أنه قد كتب له فى هذه
النسخة الى قاضى كذا وكذا فبهذا يندفع بعض التلبيس ويحصل للقاضي الكاتب التحرز عن
التمكين من الظلم واذا كتب للقاضي بمال أداه كفيل عن كفيل فهو جائز ويؤخذ به الكفيل
الاول للثانى اذا كان هو الذى أمره به ولا يؤخذ به الذى عليه الاصل ولم يأمره بالكفالة
عنه وانما أمره الكفيل الاول والتخليص انما يجب علي من أوقعه بأمره اياه بالكفالة فى الورطة
فان كان الاصل هو الذى أمر الثانى أن يضمن من لم يأمره بشئ وأصل المال على الاصيل
فلا فرق بين أن يأمره أن يكفل بذلك المال عنه وبين أن يأمره بأن يكفل به عن كفيله واذا

ادعى الكفيل المال وكتب له القاضي بذلك ولم يكتب فى كتابه انه كفل بأمره فان الذى أتاه الكتاب لا يرد الكفيل بالمال لان الاصيل لو أقر بكفالته عنه وجحد أن يكون أمره بذلك لم يكن له أن يرجع عليه بشئ فكذلك اذا ثبت ذلك بالبينة وان جاء الكفيل بكتاب من قاض آخر انه كفل عنه بأمره فهو مستقيم ويؤخذ له بالمال بمنزلة مالو أقر الخصم بذلك أو شهد عليه شاهدان والله تعالى أعلم بالصواب

باب الشهادة واليمين فى الحوالة والكفالة

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل على رجل كفالة بنفس رجل وشهد له شاهدان فاختلفا فى الوقت أو فى البلد الذى وقعت الكفالة فيه أو فى الاجل بأن قال أحدهما الى شهر وقال الآخر الى شهرين أو قال أحدهما حال وقال الآخر الى شهر فالكفالة لازمة فى ذلك كله لانه قول يعاد ويكرر فلا يختلف المشهود به وهو أصل الكفالة باختلافهما فى هذه الاشياء ولو شهدا أن هذا كفل لهذا بنفس رجل لا نعرفه ولكن نعرف وجهه ان جاء به فهو جائز لانهما يشهدان على قول الكفيل ويجعل ماثبت من قوله بشهادتهما كالثابت باقراره فيقضى القاضى به ويأمره أن يأتى به على معرفتهما ولو قالا لا نعرف وجهه أيضا فانه يؤخذ بالكفالة بمنزلة مالو أقر عند القاضى بأنه كفل بنفس رجل لهذا ثم يقال له أى رجل أتيت به وقلت هو هذا وحلفت عليه فأنت برئ من الكفالة وهذا لان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار فالقول فى بيانه قول المقر بمنزلة مالو أقر أنه غصب من فلان شيئا أو شهد الشهود على اقراره بذلك ولو قال أحدهما كفل بنفس فلان وقال الآخر كفل بنفس فلان الآخر لم تجز الشهادة لاختلافهما فى المشهود به على وجه لا يمكن التوفيق فيه ولو ادعى رجل كفالة بنفس رجلين فأقام شاهدين فأثبتا كفالة أحدهما واختلفا فى الآخر فأثبته أحدهما وشك الآخر فيه فانه يؤخذ بالكفالة التى اجتمعا عليها لان الحجة فيها قد تمت وفى الآخر لم تتم الحجة حين شك فيه أحدهما والكفالة بأحدهما تنفصل عن الكفالة بالآخر . ولو شهد رجلان على رجل انه كفل لأبيهما ولرجل بنفس فلان كانت شهادتهما باطلة لانهما يشهدان بلفظ واحد وقد بطلت شهادتهما فى حق أبيهما فتبطل فى حق الآخر أيضا اذ المشهود به لفظ واحد ولو شهد رجلان على رجل أنه كفل لفلان بنفس فلان فان لم يواف به غدا فعليه ما عليه وهو ألف درهم

فهو جائز لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو اقرار الخصم فان اختلفا فى الوقت أو المكان أو الاجل فشهادتهما جائزة اذا ادعى الطالب أقرب الاجلين فان ادعى أبعد الاجلين لم تقبل الشهادة لانه قد أكذب الذى شهد باقرارهما حين ادعى الابعد وانما أكذبه فيما شهد له به واكذاب المدعي شاهده فيما شهد له يبطل شهادته بخلاف الاول فهناك انما أكذب الشاهد بأبعد الاجلين فيما شهد عليه به وذلك لا يضره وهو بمنزلة مالو ادعى ألفا وشهد له أحد الشاهدين بألف وخمسمائة لاتقبل ولو ادعى ألفا وخمسمائة وشهد له أحد الشاهدين بألف قبلت شهادتهما على مقدار الالف لهذا المعنى ولو اختلفا فى المال فشهد أحدهما بدراهم والآخر بدنانير لم تجز شهادتهما في شيء من ذلك اذا ادعى الطالب النصفين وقال لم يشهد لي بالنصف الآخر لانه أكذب أحدهما فيما شهد له به فتبطل شهادتهما فى جميع ماشهدا به وان ادعى النصفين جميعا جازت شهادتهما فى الكفالة بالنفس وبطلت فى المال لانه ما أكذب واحدا منهما فيقضى بشهادتهما فيما اتفقا عليه ويتعذر القضاء فيما تفرد به كل واحد منهما فان اتفقا فى المال انه ألف درهم فقال أحدهما قرض وقال الآخر ثمن مبيع وقال لم تشهد لى على القرض فقد أكذب الشاهد بالقرض فلا تجوز شهادته له فى شيء من ذلك وان ادعى الطالب ألفين ألف قرض وألف ثمن مبيع فهو ماأكذب واحدا منهما فتجوز شهادتهما له فى الكفالة بالنفس وفى ألف درهم لاتفاقهما على وجوب الألف واختلافهما في الجهة لا يمنع القضاء بالمال لانهما اختلفا ولم يختلفا نقلة ولان الجهة غير مطلوبة بعينها وانما المقصود المال بخلاف الاول فقد اختلفا هنا فى جنس المال الذى هو مقصود وان كان الشاهدان كفيلين بالمال عن صاحب الاصل لم تجز شهادتهما لانهما يجران بها الى أنفسهما مغنما فان الطالب اذا أخذ المال من المشهود عليه استفاد البراءة به وكذلك لاتجوز شهادة ولدهما ووالدهما لانه ينفعهما بشهادته وكذلك لا تجوز شهادة ابن الاصيل على الكفيل بذلك لانه ينفع أباه فان الطالب اذا استوفى المال من الكفيل برئ الاصيل وكذلك تجوز شهادة ابن الكفيل اذا أقر به الكفيل وأنكره الاصيل لانه شهد لأبيه فى ثبوت حق الرجوع على الاصيل عند الاداء وان جحد الكفيل وأقر به الاصيل جازت شهادة ابن الكفيل لانه يشهد على أبيه للطالب بالزام المال واذا ادعى رجل على رجل انه كفل له بنفس رجل وبألف درهم له عليه ان لم يواف به غدا وشهد له بذلك شاهدان وشهدا أن المكفول به أمر الكفيل بذلك والكفيل والمكفول به ينكران

المـال والامر فقضى القاضي بتلك الشهادة على الكفيل ولم يواف به فأخذ المال وأداه رجع به على المكفول به عندنا وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه أقر عند القاضي أنه أمره بالكفالة عنه بشئ واقراره حجة عليه ولانه بزعمه مظلوم فيما أخذ منه المـال وليس للمظلوم أن يظلم غيره ولكنا نقول القاضي أكذبه في اقراره وزعمه حين ألزمه المال بشهادة الشهود والمقر متى صار مكذباً في اقراره حكما سقط اعتبار اقراره كالمشتري اذا كان أقر بالملك لبائعه فاستحق المبيع من يده بالبينـة رجع على بائعه بالثمن ولم يعتبر اقراره بذلك ولو أقر الكفيل بالكفالة بالنفس والمـال وقال لم يأمرني بذلك فقضى عليه القاضي بذلك ثم جاء الكفيل بالبينـة أن المكفول عنه أمره بالكفالة لم تقبل بينتـه على ذلك لانه مناقض في دعواه حين أقر انه لم يأمره بذلك والمناقض لا يقبل بينة على خصمه ولان القاضي انمـا قضى عليه بالكفالة بالمال باقراره على نفسه بذلك واقراره ليس بحجة على الاصيل بخلاف الاول فالقضاء هناك كان بحجة البينة وقد قامت على الكفيل والاصيل جميعا واذا كفل بنفسه بامره فان لم يواف به غدا فعليه المال ولو ادعى الكفيل انه وافى به لم يصـدق الا ببينة لانه ادعى مانعا أو مسقطا بعـد ماظهر سبب وجوب المـال عليـه وهو الكفالة فان أقام البينة على ذلك برئ من الكفالة بالنفس والمـال جميعا لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ويستوى ان شهدا على الموافاة أو على اقرار الطالب بذلك فان اختلفا في مكان اقراره أو وقتـه جازت الشهادة لان الاقرار قول يكرر وان شهد أحدهما انه دفعه اليه غدوة بمحضر منه بغير اقراره وشهد الآخر انه دفعه اليه عشية بمحضر منه بغير اقرار والمدعي يدعي أحدهما أو كلاهما وقال دفعته اليه غدوة أو عشية لم تجز شهادتهما لاختلافهما في المشهود به فان الفعل الموجود في مكان أو زمان غير الفعل الموجود في مكان أو زمان آخر ولو أقر الكفيل انه لم يدفع الرجل اليه وأن المـال قد لزمه والشهود شهدوا بباطل وقد اتفقت شهادتهما فالمال لازم للكفيل لا كذابه الشاهدين فيما شهـدا به له ولا يرجع به اذا أداه على المكفول عنه لانه قد أقر به فلزمه ذلك باقراره بعد ماظهرت حجة براءته واقراره ليس بحجة على الاصيل واذا كفل رجل بنفس رجل فان لم يواف به غدا فعليه المـال فشهد عليه شاهد بذلك معاينة وآخر باقراره والكفيل يجحد ذلك لزمه ذلك لان الكفالة قول وصيغة الاقرار والانشاء فيه واحدة وفي مثله اختلاف الشاهدين في الاقرار والانشاء لا يضر كالبيع وان شهدا على رجل أنه كفل لرجل بألف درهم عن

فلان واختلفا في اللفظ فقال أحدهما كفل بها وقال الآخر ضمنها أو قال أحدهما هي لي وقال الآخر هي علي فالشهادة جائزة لاتفاقهما فيما هو المقصود وهو الكفالة والالفاظ قوالب المعاني فعند اتفاقهما على العقد المشهود به لا يضرهما اختلاف العبارة كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالنحلة وان قال أحدهما احتال بها عليه وقال الآخر ضمنها له على أن ابرأ الاول أو لم يذكر البراءة وادعى الطالب الضمان أو الحوالة والبراءة فانه يأخذ المحتال عليه بالمال لاتفاق الشاهدين على الحوالة وان اختلفا في العبارة أو لاتفاقهما على التزام المشهود عليه للمال كما اذا شهد أحدهما بالضمان ولم يذكر البراءة وهذا لان في الحوالة ضمانا وزيادة فيقضى بما اتفقا عليه والاصيل برىء باقرار الطالب لا بشهادة أحد الشاهدين بالحوالة ولو ادعى الطالب الضمان بغير براءة وقال لم أحل عليه فانه يأخذ أيهما شاء بالمال لاتفاق الشاهدين على مقدار الالتزام بالضمان والطالب ما أكذب الذي شهد له بالحوالة في شهادته له وانما أكذبه في شهادته عليه وهو براءة الاصيل وذلك لا يمنع قبول الشهادة كما لو شهدا له بالمال وشهد أحدهما أنه استوفاه أو أنه ابرأ المطلوب منه قال (ألا ترى) انه لو شهد شاهدان انه كفل له بالمال على أن ابرأ الاول والطالب يقول لم ابرئ الاول والكفيل يجحد الكفالة قضيت للطالب بالكفالة وابرأت الاصيل اذا كان هو يدعي شهادتهما على البراءة وبهذا يتبين أنهما في الشهادة على البراءة يشهدان على الطالب لا له وكذلك لو شهدا بالحوالة وقال الطالب انما كفل لي فهو ما أكذبهما فيما شهدا له من ضمان المال. ولو شهد رجلان على رجل أنه كفل بألف درهم لرجل فقال أحدهما الى سنة وقال الآخر حالة وادعى الطالب حالة وجحد الكفيل أو أقر وادعى الأجل فالمال عليه في الوجهين من قبل أن الطالب لم يكذب شاهده فيما شهد له به وانما أكذبه فيما شهد به عليه والشاهد بالاجل للكفيل واحد وقد بينا فيما سبق أن زفر رحمه الله يخالفنا في جميع هذه الفصول وانه لا يفصل بين الاكذاب فيما شهد به له أو عليه ولو ادعى رجل قبل رجلين كفالة بألف درهم وكل واحد منهما كفيل ضامن بها وشهد له شاهدان فشهد أحدهما بذلك عليهما وشهد الآخر على أحدهما فان الطالب يأخذ الذي اجتمعا عليه بالألف لان كل واحد منهما بحكم هذه الكفالة مطالب بجميع المال وقد تمت الحجة على أحدهما ولو شهد شاهد عليهما وشهد آخر على أحدهما وشهد الآخر على الآخر كان للطالب أن يأخذهما جميعا بالمال لان الحجة قد تمت في حق كل واحد منهما في حق أحدهما لشهادة الاولين

وفى حق الآخر بشهادة الآخر أخذ الاولين مع الثالث وان شهد اثنان على أحدهما انه كفل له هو وفلان عن فلان بألف درهم على أن يأخذ أيهما شاء وشهد له الآخران على كفيل الآخر بمثل ذلك كان له أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال لان الحجة قد تمت فى حق كل واحد منهما بالتزامه جميع المال ولو شهد له شاهدان بالمال حالا على الاول وشهد له آخران على الآخر بالمال الى أجل على مثل شهادة الاول كان جائزا وأخذ الطالب صاحب الاجل بالمال الى أجله والآخر بالمال حالا اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت بالمعاينة وكذلك ان اختلف الفريقان فى مبلغ المال أخذ الطالب أيهما شاء بما شهد به الشاهدان عليه اعتبارا بما لو أقر كل واحد منهما بذلك القدر واذا ادعى رجل كفالة ألف درهم له على رجل قد سماه فشهد شاهدان انه كفل له بألف درهم عن رجل وقالا رأيناه ولم نعرفه أو لم نره ولكن الكفيل أشهدنا على ذلك فالمال لازم للكفيل لانهما يشهدان على قوله فهو بمنزلة شهادتهما على اقراره والمشهود له معلوم اذا أدى الكفيل المال لم يرجع على المكفول عنه الا أن يشهد له شاهدان انه أمره بذلك وان أراد الطالب أن يأخذ الأصيل دون الكفيل لم يكن له ذلك اذا جحد لان البينة الاولى ليست بحجة على الاصيل حين لم يعرفه الشهود أو لم يروه واذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم أحال بها فلان الغائب وأقام البينة فأدى اليه المحتال عليه رجع بها على المحيل ولم يكلف اعادة البينة عليه لان المحتال عليه التزم بالحوالة بالمال الذى هو على الاصيل وانما يتحول الى ذمته ما كان فى ذمة الاصيل على أن يكون هو خلفا عن الاصيل ولهذا لو مات مفلسا عاد المال الى الاصيل فانتصب هو خصما عنه ومن ضرورة القضاء عليه بالحوالة بالامر القضاء بالمال على المحتال عليه ولو كان الطالب غائبا فأقام المحتال عليه البينة على الاصيل أنه كان لفلان عليك ألف درهم وأحلته بها علىّ وأديتها اليه قضيت بها له عليه وهو قضاء على الطالب بالاستيفاء لانه ادعى لنفسه المال على الاصيل ولا يتوصل الى ذلك الا باثبات الاداء الى الطالب ولا يتوصل الاصيل الى دفع ذلك عن نفسه الا بانكار قبض الطالب بالاستيفاء فلا يلتفت الى جحوده بعد ذلك اذا حضر والكفالة فى هذا قياس الحوالة ولو ادعى رجل على رجل كفالة بنفس أو مال أو حوالة ولا بينة له استحلف المدعى عليه فان نكل عن اليمين لزمه ذلك وان حلف برئ ورجع المدعى على صاحب الاصيل بالمال وهذا ظاهر فى الكفالة فان الكفالة لا توجب سقوط مطالبة الطالب عن الاصيل وكذلك فى الحوالة لان

الاصيل انما يبرأ اذا ثبتت الحوالة ولم تثبت حين حلف المحتال عليه ولانه حين جحد وحلف قد تحقق التوى وذلك يوجب عود المال الى الاصيل كما لو مات المحتال عليه مفلسا فان نكل عن اليمين وأدى المال رجع على الاصيل ان كان مقرا أو قامت بينة عليه بالامر وجحود المحتال عليه لا يبطل تلك الحوالة لانه صار مكذبا فى ذلك حين قضى القاضي به عليه ولم يجعل نكوله هنا بمنزلة اقراره بل جعله بمنزلة البينة لانه مضطر الى هذا النكول وانما لحقته هذه الضرورة فى عمل باشره لغيره فهو نظير الوكيل بالبيع اذا نكل عن اليمين فى دعوى العيب فرد عليه كان ذلك ردا على الموكل ولو كان قضى بالمال على الكفيل أو المحتال عليه ببينة قامت عليه بذلك وان فلانا أمره به فأدى المال وصاحب الاصل جاحد للامر فانه يرجع عليه بالمال لانه صار مكذبا شرعا بالبينة التي قامت عليه بذلك ولو كان قضى عليه بالمال بنكوله عن اليمين وأداه فله أن يستحلف الاصيل بالله ما أمره بذلك لما بينا انه مضطر الي النكول الا أن نكوله ليس بحجة على الاصيل في الأمر فيحلفه على ذلك ولو ادعى قبل رجل كفالة بنفس أو مال فقال الكفيل لم أكفل له بشئ وقد أبرأنى من هـذه الدعوى فاستحلفه ماأبرانى وقال الطالب بل استحلفه ما كفل به لي فاني استحلفه بالله ماله قبله ذلك لان القاضى انمـا يشتغل بالاستحلاف على ما هو المقصود وهو قيام الكفالة بينهما فى الحال فيحلف على ذلك فان حلف برئ وان نكل لزمته الكفالة ولم يستحلف الطالب بالله ماأبرأه لان الكفيل يدعى عليـه البراءة فيحلف على ذلك لحقه فان نكل عن اليمين برئ الكفيل من كفالته كما لو أقر ببراءته وان ادعى الكفيل بالنفس انه دفعه الى وكيل الطالب حلف الطالب على علمه لانه استحلاف على فعل الغير بخلاف مااذا ادعى الدفع اليه فانه استحلاف على فعل نفسه فيكون على البتات ولو ادعى رجل قبل رجل كفالة فقال أخذك غلامى حتى كفلت لي بفلان وجحد الكفيل ذلك فانه يحلف على ذلك لانه لو أقر به لزمه تسليم النفس اليه وان كانت الكفالة له بحضرة غلامه دونه فان أنكر يستحلف عليـه لرجاء النكول واذا طلب مدعي الكفالة بنفس أو مال ان يحلف الكفيل بالله ما كفل لم يحلف كذلك ولـكنه يحلف بالله ماله قبلك هذه الكفالة لان الانسان قد يكفل لغيره ثم يبرأ من كفالته بسبب فلو حلفه القاضى ما كفل يضر به لانه لا يمكنه أن يحلف وان كان هو محقا فى انكاره الكفالة فى الحال والقاضى مأمور بالنظر للخصمين فلهذا يحلفه بالله ماله قبلك هذه الكفالة وكذلك هذا فى كل دين ومال وديعة وعارية وشراء واجارة

فانه لايحلف ما اشتريت ولا استودعك ولا أعارك ولا استأجرت منه ولكن يحلف بالله ماله قبلك مادعي به وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قال هذا اذا عرض المدعي عليه فقال أيها القاضي قد يكفل الانسان ثم يبرأ منه فلا يلزمه شيء فأما اذا لم يشتغل بهذا التعريض فانه يحلف بالله ما كفلت لانه انما يستحلف على جحوده وقد جحد الكفالة أصلا فيحلف على ذلك فاذا عرض فقد طلب من القاضي أن ينظر له فعلى القاضي اجابته الى ذلك وان لم يعرض فهو الذى لم ينظر لنفسه فلا ينظر القاضي له ولكنه يحلفه على جحوده وفي ظاهر الرواية قال هذا التعريض لايهتدى اليه كل خصم وعلى القاضى أن يصون قضاء نفسه عن الجور ونفسه عن الظلم فيحلفه على مابينا عرض الخصم أو لم يعرض ولو قال الكفيل للقاضى حلف الطالب ان له قبلي هذه الكفالة فانى أرد عليه اليمين فانه لم يرد عليه اليمين لان الشرع جعل اليمين على المنكر فاذا رددت اليمين على المدعى فقد خالفت الاثر وقد بينا هذا في الدعوى ولو جاء الطالب بشاهديه على قوله فقال المطلوب استحلفه بالله لقد شهدت شهوده على حق لم أستحلفه على ذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل البينة على المدعي فاذا جعلت عليه مع البينة يمينا فقد جعلت ما لم يجعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك ممتنع والله أعلم بالصواب

باب كفالة الرجلين على شرط لزوم المال بترك الموافاة

(قال رحمه الله) واذا كفل رجل لرجلين بنفس رجل فان لم يواف به ادى ما ادعيا به عليه فعليه مالهما عليه وسمى لكل انسان منهما الذى له عليه وهو مختلف فهو جائز لانه نجز الكفالة بالنفس لكل واحد منهما وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة اذا دعياه وذلك صحيح فى حق كل واحد منهما عند الانفراد فى حقهما فان دعاه أحدهما ولم يواف به لزمه ماله عليه لوجود الشرط فى حقه ولم يلزمه مال الآخر حتى يدعوه به وبهذا يتبين أن هذا فى المعنى ليس بتعليق للكفالة بالمال بالشرط ولكنه بمنزلة الكفيل بالمال بشرط ابرائه من مال كل واحد منهما بموافاته به اذا دعياه لانه لو كان هذا تعليقا بالشرط لم يجب شئ من المال بوجود بعض الشرط واذا دعاه أحدهما فلم يوافه به فالموجود بعض الشرط وقال يلزمه المال عرفنا انه انما يلزمه لان الموافاة كانت مبرئة له ولم توجد ولو بدأ بالمال فضمنه لكل واحد منهما وقال ان وافيتكما بنفسه اذا دعوتمانى به فأنا برىء من المال فهو مثل الاول وتقديم

المال في هذا وتأخيره سواء لانه وان أخر الكفالة بالمال فى لفظه فهو فى المعنى مقدم وانما هو شرط البراءة عند الموافاة بنفسه اذا دعياه به ولكل واحد منهما أن يأخذ بكفالته دون الآخر لانه فى المعنى كفيل لكل واحد منهما على حدته ويلزمه ذلك دون الآخر وان جمع بينهما فى العقد لفظا بمنزلة مالو أقر لهما بمال فلكل واحد منهما أن يأخذ حصته دون الآخر ولو كان الطالب رجلين متفاوضين لهما على رجل ألف درهم فكفل لهما رجل بنفس المطلوب فان وافاهما به غدا فهو برئ من المال فوافى به أحدهما ودفعه اليه فهو برئ من كفالته بالنفس والمال لهما جميعا لان المتفاوضين كشخص واحد مابقيت المفاوضة بينهما وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى استيفاء ماوجب لصاحبه كما هو قائم مقام صاحبه فى كونه مطالبا بما على صاحبه ولو كانا شريكين شركة عنان برئ من حصة الذى وافاه به ولم يبرأ من الكفالة للآخر لانه فيما هو واجب لصاحبه بمنزلة الاجنبي فى الاستيفاء حتى لا يكون له أن يطالب الغريم به فكذلك لا يبرأ عن كفالة صاحبه بموافاته به ولو كفل رجلان بنفس رجل على أن يوافيا به غدا فان لم يفعلا فالمال عليهما فوافى به أحدهما عنه وعن صاحبه ولم يحضر الآخر فهما بريئان لانهما التزما التسليم بعقد واحد ولو التزما مالا فأداه أحدهما برئا منه جميعا فكذلك الكفالة بالنفس ولو مات أحدهما ثم مضى الاجل ولم يوافيا به لزم الحيّ منهما نصف المال وفى تركة الميت نصف المال لوجود الشرط وهو عدم الموافاة به ولو كان وافى به بعض ورثة الميت قبل الاجل برئا جميعا لان الوارث قائم مقام المورث فى التسليم ولو كان كفل به كل واحد منهما على حدة فاشترط الطالب على كل واحد منهما انه ان لم يواف به الي وقت كذا فعليه المال فوافى به أحدهما فدفعه فانه يبرأ من كفالته ولا يبرأ الاخر لان الكفالة هنا مختلفة وكل واحد منهما أجنبي عن عقد صاحبه الا أن يقول الذى جاء به دفعته عن نفسي وعن صاحبي ويقبله الطالب على ذلك بمنزلة مالو جاء به أجنبي آخر فدفعه عنهما جميعا وقبله الطالب ولو دفع المكفول به نفسه الي الطالب عنهما جميعا كانا بريئين سواء قبله الطالب أولم يقبله بمنزلة مالو دفعاه اليه لانه أصيل فى هذا التسليم غير متبرع به بخلاف الاجنبي والله أعلم بالصواب

باب الكفالة بالاعيان

(قال رحمه الله) واذا ادعى عبدا فى يدى رجل فلم يقدمه الى القاضى وأخذ منه كفيلا بنفسه

وبالعبد فمات العبد في يدى المطلوب وأقام المدعى البينة أن العبد عنده فان القاضي يقضى له بقيمة العبد على المطلوب وان شاء على الكفيل لانه ثبت بالبينة أن العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل رد القيمة عند تعذر رد العين كما أنها واجبة على الاصيل وان لم يقم البينة ولكن المطلوب نكل عن اليمين فقضى عليه القاضي بالعبد فمات العبد قبل أن يقبضه فانه يقضي له بقيمته على الاصيل دون الكفيل لان نكوله كاقراره أو كبذله فلا يكون حجة على الكفيل الا أن يقر الكفيل بمثل ذلك أو يأبى اليمين فيلزمه مثل مايلزم المطلوب ولو غصب رجل عبدا فضمنه رجل لصاحبه فهو ضامن له حتى يأتى به فان هلك فعليه قيمته لانه التزم المطالبة بما على الاصيل والقول قول الكفيل فى قيمته لانكاره الزيادة كالاصيل فان أقر الغاصب بأكثر من ذلك لزمه الفضل باقراره ولا يصدق على الكفيل ولو اشترى رجل جارية من رجل فقبضها وجاء آخر فادعاها وأخذ بها كفيلا وأقام البينة أنها جاريته فقضي له بها فقال المطلوب قد ماتت أو أبقت وقال الطالب كذبت فاني أحبس الكفيل حتى يأتى بها كما أحبس فلانا الاصل حتى يثبت اباقها فان طال ذلك يعنى مدة الحبس ضمنهما قيمتها مراعاة لحق الطالب اذا طلب وان قال هي بمائة درهم وحلفا عليها وقال الطالب ألف درهم ضمنهما مائة درهم لان الزيادة انتفت أن تكون قيمتها مالم يقم البينة بها ويأخذ بها أيا شاء فاذا ظهرت الجارية بعد ذلك فهو بالخيار ان شاء أخذ الجارية ورد القيمة وان شاء سلم الجارية وسلمت المائة له وقد بينا هذا فى كتاب الغصب قال ولا يسع الغاصب أن يطأها ما كان للمغصوب منه فيها خيار لان المغصوب منه يملك الجارية من الغاصب بالقيمة فيكون بمنزلة تمليكها بالبيع وما بقى له الخيار يعنى للبائع فليس للمشترى أن يطأها فهذا مثله ولو كانوا تصادقوا على القيمة أو قامت لهما بينة أو نكلا عن اليمين فأخذها المغصوب منه ثم ظهرت الجارية لم يكن للمغصوب منه عليها سبيل لان قبضه القيمة رضا منه بخروجها عن ملكه فان البدل والمبدل لا يجتمعان فى ملك وكان للغاصب أن يطأها بعد أن يستبرئها بحيضة لتمام التملك فيها واذا كان عبد في يدى رجل فادعاه رجل وأخذ منه كفيلا به ووكل فى خصومته ولم يغب المطلوب وغيب العبد فان الكفيل يحبس حتى يجيء به بعينه لانه التزم بالكفالة احضاره وكذلك لو ظهر المطلوب وغيب العبد حبس حتى يأتى به لانه فى تغييبه قاصدا الاضرار بالمدعي فانه لا يتمكن من اقامة البينة على استحقاق العين الا بمحضر منه فان قال

المدعى أنا آتى بالبينة انه عبدى قبل ذلك منـه ليستحق به العين ان قدر عليـه والقيمة ان لم يقدر على العبد فان شهدشاهداه أنه العبد الذى ضمن هـذا به وسماه وجلياه عندفلان قضيت له بالعبد على الكفيل فان أتى به والا قضيت له بقيمته بعد أن يحلف المدعى بالله ماخرج من ملكه بوجه من الوجوه قيل انمـا يحلف على هذا عند طلب الكفيل وقيل بل يحلف عليه وان لم يطلب الكفيل على وجه النظر من القاضى للغائب والصيانة لقضائه وان شهد شاهداه أن العبد الذى يقال له فلان الفلانى وجلياه لفلان لم أقبـل ذلك لان الاسم يوافق الجليـة فلا يثبت بهـذه البينة انه ضامن للعبد المشهود به انه ملك للمدعى ولكن الكفيل يحبس حتى يأتى به لانه التزم احضاره بالكفالة قبل هذه البينة فان مات الكفيل أخذ به المدعى عليه ان ظهر العبد حتى يأتى به بعد أن يوافق جلية العبـد الذى ظهر بشهادة الشهود ليتمكن المدعى من اثبات ملكه بالبينة فان لم يأت المولى بالعبد جليت عنه لان المولى ماضمن شيئا ولم يثبت عليه شيء بالبينة التي قامت على الاسم والجلية وليس المولى فى هذا كالكفيل لان الكفيل التزم الاحضار بكفالته فلا بد من أن يأتى به والمولى لم يضمن شيئا فلا يحبسه القاضى ولا يلزمه شيئا من غير حجة واذا كان العبد فى يد رجل فادعاه آخر وكفل به رجلان فأقام المدعى البينة أنه عبده حبس الكفيلان حتى يدفعاه اليه وان لم يكن له بينة أخذ الكفيلان باحضار ما التزما احضاره بالكفالة فان قالا قد مات العبـد أو أبق وأقاما على ذلك بينـة فأنى أخرجهما من السجن لانهما حبسا لاحضاره وقد ثبت بهذه البينة عجزهما عن احضاره ولكن لا أبرئهما من الكفالة لان بتلك الكفالة هما ضامنان للقيمة اذا ثبت ملك الطالب فى العبد بالحجة وادعى الطالب بشهوده أن العبد عبده فان أقام على ذلك بينة أخذ كل واحد من الكفيلين بنصف القيمة وان لم يكن له بينة فلا ضمان على الكفيلين لان الحق لم يثبت على الكفيل ويؤجـل الكفيلان فى الاباق أجلا حتى يأتيا به وقد بينا هذا الحكم فى الكفالة بالنفس اذا غاب الاصيل عن البلدة واذا ادعى الرجل فى يدى الرجل أرضا أو حماما أو بستانا وقال بينتى حاضرة أخذ له منـه كفيل بالمدعى به لان العقار لا يغيب ولا يحرك ولا يحول ولانه لا حاجة الى احضاره مجلس الحكم لتقع الاشارة اليـه فى الدعوى والشهادة ولو استودع رجل رجلا عبدا فجحده ذلك وأخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد وأقام رب العبد البينة أنه استودعه وقال لا يدرى ما كانت قيمته يوم كفل به الكفيل فالمستودع ضامن لقيمته يوم استودعه على ماشهدت

الشهود لانه ثبت وصوله الى يده وعلى هذه القيمة والجحود موجب عليه ضمان تلك القيمة باعتبار تلك اليد ولا يضمن الكفيل من قيمته الا مايقر به بعد أن يحلف لان الكفيل انما يضمن بعقد الكفالة لاعتبار يد المستودع ولم يثبت بالبينة مقدار قيمته عند الكفالة ولكن ما عرف ثبوته فالاصل بقاؤه وهذا نوع من الظاهر يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق فلهذا لا يضمن الكفيل من قيمته الا ما يقر به بعد أن يحلف ولو كان العبد يوم اختصموا فيه أعمى وجحده المستودع فشهد الشهود انه استودعه وهو صحيح يساوى ألفا فكفل به الكفيل وهو أعمى فرفعوه الى القاضي وهو كذلك ثم مات في يد المستودع وزكى شهوده فالمستودع ضامن قيمته أعمى على الحال الذى جحد فيها وكذلك الكفيل لان المستودع انما يصير ضامنا عند الجحود وقد علم القاضى تغيره عن القيمة التى شهدت بها الشهود فلا تعتبر تلك القيمة في القضاء عليه بخلاف الاول (ألا ترى) انه لو علم هلاكه قبل الجحود لم يضمنه شيئا ولو لم يعلم بذلك ضمنه قيمته فكذلك اذا علم فوات جزء منه وكذلك لو لم يعم ولكن السعر اتضعت وجحده يوم جحده وهو يساوى خمسمائة وعلم ذلك القاضي لم يضمنه الا قيمته خمسمائة ولو لم يعلم ذلك ضمن المستودع ألف درهم كما شهد به الشهود ولم يقبل منه بينة على اتضاع السوق لان المقصود بهذه البينة النفى والبينات للاثبات لا للنفى (ألا ترى) انه بعد ما جحد لو قال قد مات العبد لم ألتفت الى قوله ولم أقبل منه بينة عليه لان المقصود بهذه البينة نفى الضمان عنه الا أن يعلم القاضي انه مات قبل جحوده أو يقر الخصم به ولو استعار دابة من رجل الى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان ضمنها ولو أعطاه كفيلا بها جاز لانه صار غاصبا ضامنا بالمجاوزة وكذلك المستودع اذا جار في بعض الوديعة جازت الكفالة بقدر ما جار فيها لانها أمانة في يد المودع ولو اشترى عبدا من رجل ونقده الثمن وأخذ منه كفيلا بالعبد حتى يدفعه اليه فمات العبد لم يكن على الكفيل شئ لان العقد قد انفسخ بموته قبل القبض وبرئ الاصيل عن تسليم عينه فكذلك الكفيل والكفيل ما ضمن الثمن فلا يطالب بشئ منه وكذلك لو كان ضمن الدرك في العبد لان الهلاك قبل التسليم ليس بدرك وانما الدرك للاستحقاق ولو قبضه ثم وجد به عيبا فرده لم يكن على الكفيل شئ لان العيب ليس بدرك ولو لم يجد به عيبا ولكن استحق بصفة فرد المشترى النصف الباقي لم يضمن الكفيل الا ثمن النصف المستحق لان الدرك تحقق في ذلك النصف الآخر فانما رده المشترى

بعيب التبعيض وذلك ليس بدرك واذا كفل رجل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن لم يكن على الكفيل شئ لان عين الرهن أمانة فى يد المرتهن والزيادة على مقدار الدين من مالية الرهن أمانة فلا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو كان ضمن لصاحب الدين ماانتقص الرهن من دينه وكان الرهن قيمته تسعمائة والدين ألفا ضمن الكفيل مائة درهم لانه التزم بالكفالة دينا مضمونا فى ذمة الاصيل ولو أن جارية بين رجلين أخذها أحدهما بغير أمر صاحبه فكفل رجل لصاحبه بنصيبه منها جاز لان الآخذ غاصب ضامن لنصيب شريكه ولو كان أخذها برضاه لم يجز لان نصيبه أمانة فى يد القابض ولو استعار الرهن من المرتهن على ان أعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن كان خارجا من الرهن لان ضمان الاستيفاء باعتبار يد المرتهن ولم يبق بعد ما استعاره الراهن ولم يلزم الكفيل شئ لانه لاضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضا شيئا ولو كان أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذ به لان الراهن ضامن مالية العين هنا (ألا ترى) انه لو هلك فى يده يضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولو استقرض من رجل مالا على أن يعطيه فلانا عنده رهنا وكفل له بذلك الرهن كفيل فلا ضمان على الكفيل لان الرهن لا يكون الا بالقبض فقبل القبض ليس هنا شئ مضمون على الاصيل لتصح الكفالة به ولو أجر عبدا أو دابة وعجل الاجر ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيل بذلك حتى يدفعه اليه فالكفيل يؤخذ به ما دام حيا لان التسليم مستحق على الاصيل وهو مما تجرى فيه النيابة فتصح الكفالة به فان هلك ما استأجره لم يكن على الكفيل شئ لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل بالاجر ولو أوصى لرجل بأمة وهى حبلى ولآخر بما فى بطنها وهى تخرج من الثلث فأخذ صاحب الحبل من صاحب الامة كفيلا بما فى بطنها لم يجز لان ما فى البطن غير مضمون على صاحب الامة وكذلك لو دفع الامة الى صاحب الولد تكون عنده على أن أعطاه بها كفيلا لم تجز لانه أمين فيها حين قبضها باذن صاحبها ولو أخذها بغير أمره وأعطاه بها كفيلا جاز لانه غاصب لها ضامن ولو أخذ صاحب الامة الامة بغير رضا صاحب الولد وأعطاه كفيلا بالولد لم يجز لانه بأخذ الأم لا يصير غاصبا ضامنا لما فى بطنها ولو أوصى لرجل بخادم ولآخر بخدمتها فانها تكون عند صاحب الخدمة فان أخذ منه صاحب الرقبة كفيلا بها

وقد أخذها صاحب الخدمة باذنه لم يكن على الكفيل شيء لانه أخذها بحق مستحق له تبرعا فلا يكون ذلك الاخذ موجبا عليه ضمانا فلا يلزم الكفيل ذلك بالكفالة ولو أخذها صاحب الرقبة بغير اذن صاحب الخدمة ثم أعطاه كفيلا بها حتى يسلمها اليه أخذ بها الكفيل لان تسليم العين الى صاحب الخدمة مستحق على صاحب الرقبة هنا وهو مما تجري فيه النيابة فيصح التزامه بالكفالة فان ماتت برئ الكفيل لان حق صاحب الخدمة بطل بموتها وسقطت المطالبة عن صاحب الرقبة بالتسليم وكذلك لو كانت الوصية بالغلة مكان الخدمة ولو أن رجلا باع من رجل عينا فادعى رجل فيه دعوى فأراد المشتري أن يأخذ من البائع كفيلا بنفسه أو بما أدركه فى ذلك لم يكن له ذلك لان بمجرد الدعوى على المشترى لا يستحق المدعى على البائع شيئا فلا يجبر على اعطاء الكفيل ولكنه لو أعطاه كفيلا بما أدركه فى ذلك جاز بمنزلة ما لو أعطاه ذلك عند الشراء أو بعده قبل دعوى المدعى ولو ادعى ذمى قبل ذمى خمرا أو خنزيرا بعينه وأخذ منه به كفيلا من أهل الذمة جاز وان كفل به مسلم لم يجز لان الخمر والخنزير ليسا بمال متقوم فى حق المسلم فلا يصح منه التزام تسليمه بالكفالة كما لا يصح فى سائر العقود وان هلك ذلك عنده ثم ضمنه المسلم له ثم أقام المدعى على ذلك شهودا مسلمين ضمن قيمة الخنزير ولم يضمن الخمر لان الخنزير مضمون بالقيمة عند الهلاك وقيمته دراهم أو دنانير فتصح الكفالة بها من المسلم وأما الخمر فانها مضمونة بالمثل فلا تصح الكفالة بها من المسلم كما لا تصح الكفالة بالعين حال قيامها ولو تقبل من رجل بناء دار معلوم أو كراب أرض معلوم أو كرى نهر معلوم فأعطاه بها كفيلا كان جائزا لان هذا عمل مستحق على الاصيل مضمون بالعقد وهو مما تجرى النيابة فى ايفائه وكذلك لو أكراه ابلا الى مكة فأعطاه كفيلا بذلك جاز لان تسليمها مستحق على الاصيل ولو كانت الابل بأعيانها فأعطاه كفيلا بها كان جائزا مادامت قائمة بأعيانها لان الاصيل مطالب بتسليمها بالعقد فاذا هلكت فقد انفسخ العقد وبرئ الاصيل عن التسليم فلا ضمان على الكفيل فلو أعطاه كفيلا بالحمولة لم يجز فيما كان بعينه لانه لا تجرى النيابة فيه فان ابل الكفيل لا تقوم مقام تلك الحمولة المعينة فى ايفاء المعقود عليه وجاز فيما كان بغير عينه لانه مستحق على الاصيل بالعقد وهو مما تجرى فيه النيابة بايفائه وانما يلتزم الكفيل تسليم ما تقدر على تسليمه واذا كتب ذكر حق على رجل وكتب فيه وكل واحد منهما ضامن له وأيهما شاء فلان أخذه بهذا المال ان شاء أخذهما

جميعا وان شاءشتى كيف شاء وكلما شاء حتى يستوفى منهما هـذا المال وانما يكتب ذلك احتياطا لصاحب الحق من اختلاف القضاة فان المذهب عندنا انه اذا كفل بمال فللطالب أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال كيف شاء وكلما شاء وقال ابن أبى ليلى رحمه الله برئ الاصيل والمال على الكفيل الا أن يشترط على كل واحد منهما كفيل عن صاحبه أجزته وأيهما أجاز أبرأت الآخر الاأن يشترط أن يأخذهما جميعا أوشتى فأدخلا فى الصك جميعا أو شتى لذلك وقال شريك بن عبد الله رحمه الله انأدخلا جميعا أو شتى أجزته فان اختار أحدهما لم يكن له أن يأخـذ الآخر الا أن يفلس هـذا أو يموت ولا يترك شـيئا فأدخلا فى الصك كيف شاء وكلما شاء حتى يكون له الاختيار كل مرة وهـذا لان الكتاب للتوثق فينبغى لكل من يكتب الكتاب أن يحتاط لصاحبه بكل ماتقدر عليه من التوثق ويحتاط للتحرز عن اختلاف القضاة عملا بقوله تعالى وليؤد الذى ائتمن أمانته والله أعلم بالصواب

باب من الكفالة أيضا

(قال رحمه الله) واذا أقرض الرجل الرجل قرضا على أن يكفل به فلان كان جائزا حاضرا كان فلان أو غائبا ضمن أو لم يضمن وكذلك لو شرط أن يحيله به على فلان لان القرض لا يتعلق بالجائز من الشروط فلا يفسده الباطل بخلاف البيع فانه لو شرط فيه كفالة أو حوالة من مجهول أو معلوم غير حاضر لم يرض بذلك فالبيع فاسد لان الفاسد من الشروط مبطل للبيع فانه يتعلق بالجائز من الشروط فأما ضمان القرض فانه يثبت بالقبض شرعا ولا أثر للشروط فيه كضمان الغصب والتزويج والخلع والصلح من دم عمد وجراحة فيها قصاص حالا أو مؤجلا وجناية الوديعة والعارية اذا ضمنها فشرط له فى ذلك كفالة أو حوالة فهو بمنزلة القرض لان هذا كله لا يبطل بالشرط الفاسد وكذلك العتق على مال ولو قبل الكفيل الكفالة أو الحوالة فى جميع ذلك جاز لانه دين لازم يطالب به الاصيل وتجرى النيابة فى ايفائه وبدل العتق بمال ليس كبدل الكتابة فى حكم الكفالة لان ذلك ليس بدين قوى ومن الدليل على أن فساد شرط الكفالة لا يبطل هذه العقود ماقال فى العتق لانه لا يرد ومعنى هذا أن الشرط الفاسد لا يمنع انعقاد العقد ولكن يستحق به الفسخ بعد الانعقاد وهذه العقود لا تحتمل الفسخ بعد التمام فلا يؤثر فيها الشرط الفاسـد ولو كان لرجل على رجل دين حال من ثمن

بيع أو قرض أوغصب فسأله أن يؤخره عنه نجوما على أن يضمنه له فلان الغائب فصالحه علي ذلك فقدم الكفيل فأبى أن يضمن فالصلح منتقض لان الصلح على التنجيم في المال يعتمد تمام الرضا وهو ما رضي بذلك الا بكفالة الكفيل فاذا أبى أن يكفل كان المال حالا عليه كما كان وان ضمن الكفيل بعد ما حضر جاز الصلح لتمام الرضا به ولا يشترط حضوره في مجلس الصلح لانه ليس في هذا العقد من التمليك شئ فلا فرق بين أن يتم الرضا به في المجلس وبعد المجلس بخلاف البيع فانه مال بمال مبني على الضيق فاذا لم يحضر الكفيل في المجلس صار اشتراط كفالته شرطا فاسدا والبيع يبطل بالشرط الفاسد وهذا لان البيع لايجوز أن يتوقف علي القبول بعد المجلس فكذلك لا تتوقف صحته على قبول الكفالة المشروط فيه بعد المجلس ولو كان حاضرا فأبى أن يضمن لم يجز الصلح لانعدام تمام الرضا به وان ضمن فهو جائز وان اشترط في التأخير انه ان أخره عن محله فالمال كله حال أو ان أخر نجما عن محله عشرة أيام فالمال كله حال فهو جائز على ما اشترطا لانه ليس في هذا الصلح من معنى التمليك شئ وهذا الشرط في الصلح متعارف ولو أعطاه كفيلا علي أن جعل له أجلا معلوما كان جائزا في جميع الديون الا القرض فانه حال على الاصيل لان القرض حق الاصيل كالعارية لايلزم فيه الاجل وهو مؤجل على الكفيل لان المال انما يجب علي الكفيل بعقد الكفالة والدين الواجب بالعقد يقبل الاجل واذا كفل المريض بمال ثم مات ولا دين عليه لزمه من ثلثه لانه الكفالة تبرع وتبرعات المريض تصح من ثلثه اذا لم يكن عليه دين وان أقر انه كفل به في الصحة لزمه ذلك في جميع ماله اذا لم يكن لوارث ولا عن وارث لان الكفالة في الصحة سبب لوجوب الدين عليه واقراره في المرض بسبب وجوب الدين مضافا الى حال الصحة يكون اقرارا بالدين واقرار المريض للاجنبي بالدين صحيح وللوارث باطل وان كان عن وارث فهذا قول من المريض فيه منفعة وارثه والمريض محجور عن مثله وان كان عليه دين يحيط بماله لم يجز اقراره بذلك لان دين الصحة متقدم علي ما أقر به في المرض فما بقي دين الصحة لم يعتبر اقراره بالدين في المرض واذا كفل في الصحة بما أقر به فلان لفلان ولم يسمه ثم مرض وعليه دين يحيط بماله فأقر المكفول عنه أن لفلان عليه ألف درهم لزم المريض ذلك في جميع ماله لان سبب وجوب المال قدتم منه في حال الصحة وهو الكفالة والدين الواجب عليه بذلك السبب بمنزلة دين الصحة وكذلك ان أقر بعد موته فان المقر له يحاص غرماء الكفيل بذلك

لان أصله كان في الصحة وكان قد لزم على وجه لا يملك الرجوع عنه وابطاله وكذلك لو كفل بما ذاب لفلان على فلان أو بما صار له عليه وكذلك لو كان لوارث أو عن وارث أو لوارث عن وارث لانه كان فى الصحة وهو بمنزلة ضمان الدرك فانه لو كفل فى صحته بما أدركه من درك فى دار اشتراها ثم استحقت الدار فى مرض الكفيل أو بعد موته فان المشترى يضرب مع غرماء الكفيل الميت بالثمن لان أصل الدين كان فى الصحة بخلاف الكفالة فى المرض وان كفل فى المرض وليس عليه دين ثم استدان دينا يحيط بماله ثم مات فالكفالة باطلة لان مالزمه فى المرض من الدين بسبب معاين بمنزلة دين الصحة وقد بينا أن الكفالة فى المرض لا تصح اذا كان دين الصحة محيطا بماله واذا كفل رجل لرجلين وقال قد كفلت لفلان بماله على فلان أو كفلت لفلان الآخر بماله على فلان فهذا باطل سواء كان المالان من جنس واحد أو من جنسين لان المكفول له والمكفول عنه مجهول فتكون الجهالة متفاحشة وقد بينا أن مثل هذه الجهالة تمنع الكفالة ولو كان الحق لرجل واحد على رجلين على كل واحد منهما ألف درهم فقال كفلت لك بمالك على فلان فهذا جائز سواء كان المالان من جنس واحد أو من جنسين لان الجهالة هنا يسيرة مستدركة وهى جهالة المكفول عنه ومثل هذه الجهالة لا تؤثر فى العقد المبنى على التوسع وهذا لان الطالب معلوم فتتوجه المطالبة من جهته على الكفيل وانما بقى الخيار فى حق الكفيل فى أن يؤدى أى المالين شاء ولو كفل عن واحد بأحد المالين جاز فهذا مثله بخلاف الاول فالمطالبة هناك لا تتوجه من المجهول على الكفيل والكفالة بالنفس فى هذا مثل الكفالة بالمال وكذلك لو جمع بينهما فقال كفلت لك بنفس فلان فان لم أوافك به غدا فعلى مالك عليه وهو المائة دينار أو بنفس فلان فان لم أوفك به غدا فعلى مالك عليه وهو ألف درهم فلم يواف به غدا فهو ضامن لاحدهما أحد المالين أى ذلك شاء لان الطالب واحد معلوم وان دفع أحدهما فى ذلك اليوم برئ من الكفالة كلها لان اشتغاله بدفع أحدهما اختيار منه لكفالته فتبطل عنه كفالته عن الآخر بهذا الاختيار وقد وجدت الموافاة فى حق الذى اختار فيبرأ من كفالته أيضا ولو كان لرجلين لكل واحد منهما على رجل مال فقال رجل لأحدهما كفلت بنفس غريمك فلان فان لم أوافك به غدا فما لفلان على فلان فهو على جازت الكفالة بالنفس لانه كفل بها لمعلوم مطلقا وبطلت الكفالة بالمال لانها مخاطرة فان الحق ليس للمكفول له بالنفس وما كان صحة الكفالة بالنفس باعتبار هذا المال لتثبت الكفالة بها

تبعا للكفالة بالنفس فيكون هذا تعليق التزام المال بمحض الشرط وهو باطل كما لو علقه بدخول الدار وكذلك الرجل يقول للرجل كفلت لك بنفس فلان فان لم أوافك به غدا فأنا كفيل بنفس فلان لانسان آخر فالكفالة الثانية باطلة لانها ليست من توابع الكفالة الاولى فيكون تعليقا لالتزام التسليم بمحض الشرط ولو كانت الكفالة عن واحد فقال كفلت لك بنفس فلان فان لم أوافك به غدا فما لفلان عليه وهو ألف علي فرضي بذلك الآخر فالكفالة الاولى جائزة والنيابة باطلة لان صحة الكفالة بالنفس ما كانت باعتبار هذا المال فلا يمكن تصحيح الكفالة بالمال تبعا للكفالة بالنفس ولو قال كفلت لك بنفس فلان أو فلان بماله عليه أو بنفسه فهذا باطل كله لجهالة المكفول له ولو قال كفلت لك بأحد غريميك هذين أو بأحد ماليك على هذين كان جائزا لانه المكفول له والمطالبة تتوجه من جهته والخيار في تعيين ما التزمه الكفيل اليه واذا كفل عن رجل بمال بأمره فرهنه المكفول عنه رهنا به وفاء فهو جائز لان بنفس الكفالة كما وجب المال للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الاصيل وان كان مؤجلا والرهن بالدين المؤجل صحيح فان هلك الرهن عند الكفيل صار مستوفيا دينه بهلاك الرهن فكانه استوفى حقيقة حتى اذا أدى الكفيل المال لم يرجع به وان أداه الاصيل الى الطالب رجع على الكفيل بمثله بمنزلة ما لو استوفاه منه حقيقة ولو كفل عن رجل بألف درهم بأمره على أن يعطيه بها هذا العبد رهنا فوقعت الكفالة بهذا بغير شرط من الكفيل على المكفول له ثم ان المكفول عنه أبى أن يدفع اليه العبد فان العبد لا يكون رهنا لان الكفيل لم يقبضه والرهن لا يتم الا بالقبض ولا يجبر المكفول عنه على دفعه لان ذلك كان وعدا من جهته والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم والكفالة لازمة للكفيل لانه التزم المال للطالب بالكفالة المطلقة عند شرط بينهما فان كان الكفيل اشترط على الطالب فقال له أكفل لك بهذا المال عن فلان على أن يرهن به فلان هذا العبد فان لم يدفعه الى فأنا بريء من الكفالة فكفل له على هذا الشرط فهو جائز وان لم يدفع اليه الرهن بريء الكفيل من الكفالة والمال لانه لما رضي بالتزام المال بدون هذا الشرط والتزام المال بالكفالة يعتمد تمام الرضا ولانه شرط البراءة اذا لم يعطه الرهن والشرط أملك وكذلك لو كفل عنه بالمال على أن يعطيه بذلك المطلوب كفيلا فوقعت الكفالة للطالب على غير شرط ثم ان المكفول عنه أبى أن يعطي الكفيل كفيلا فان الكفالة على الكفيل جائزة وان كان الكفيل شرط على الطالب ان لم يعط كفيلا بهذا المال فأنا بريء من كفالتي فهو على

شرطه ان لم يعطه كفيلا برئ من الكفالة لان الكفالة بمنزلة الرهن وقد بينا فى الرهن ان هذا الشرط مع الطالب يجب الوفاء به فكذلك فى الكفالة وهذا لان مقصود الكفيل بكل واحد منهما التوثق والنظر لنفسه حتى لا يلحقه غرم وان كتب الكفيل على دار المكفول عنه شراء بالمال فهو جائز لانه شراء بالدين المؤجل وهذا قضاء من المكفول عنه للكفيل بطريق المقاصة فكأنه أوفاه الدين حقيقة ولو كفل بنفس رجل على أنه للكفيل ان لم يواف به الى سنة فعليه المال الذى عليه وهو ألف درهم ثم أعطى المكفول عنه رهنا بالمال قبل السنة فالرهن باطل لان المال لم يجب على الكفيل بعد لانه علق التزام المال بشرط عدم الموافاة فلا يكون واجبا قبل الشرط (ألا ترى) انه لو دفع نفسه اليه قبل الاجل لم يكن عليه من المال شئ فان قيل فأين ذهب قولكم ان في كلامه تقديما وتأخيرا أو انه التزم المال ثم جعل الموافاة بنفسه صرفا له عن المال قلنا ذلك طريق صار اليه بعض مشايخنا رحمهم الله لتوجه المطالبة بالمال عند عدم الموافاة بالنفس فأما فى الحقيقة فانما يلزمه المال بالتزامه وهو ما التزم المال الا بعد عدم الموافاة بالنفس غدا فلا يكون المال واجبا عليه فى الحال ولا يجوز الرهن فى الكفالة بالنفس على وجه من الوجوه لان الرهن يختص بحق يمكن استيفاؤه من الرهن فان موجبه ثبوت يد الاستيفاء ولا ضمان على المرتهن ان هلك الرهن فى يده لانه أخذه رهنا بغير مال وضمان الرهن ضمان استيفاء وذلك لا يكون بدون الدين واذا كفل رجل عن رجل بما لم يحل عليه بعد فقال اذا حل المال فهو على وأعطى المكفول عنه الكفيل رهنا كان جائزا لانه التزم المال بعقد الكفالة وجعل مطالبة الطالب عنه متأخرة الى مابعد حلول الاجل وذلك غير مانع وجوب أصل المال على الاصيل فكذلك على الكفيل واذا وجب المال على الكفيل وجب للكفيل على المكفول عنه أيضا فيجوز الرهن به . ولو قال ان توى مالك عليه فهو علىّ وأعطاه بذلك رهنا لم يجز الرهن لان المال لم يجب بعد فانه علق التزام المال بالشرط وكذلك لو قال ان مات ولم يوفك المال فهو على فأعطاه المكفول عنه به رهنا فالرهن باطل لان المال لم يجب بعد والكفالة جائزة على هذا الشرط لانه شرط متعارف فى الكفالات . ولو أخذ الكفيل بالدرك رهنا فالرهن باطل والكفالة جائزة لان المال غير واجب على الكفيل قبل لحوق الدرك فلا يكون واجبا على الاصيل فلا يصح الرهن به ولا ضمان على المرتهن فيه لانه قبضه باذن صاحبه وكل ما أبطلنا فيه الرهن بالمال

فكان الرهن في يدي الكفيل حتى يحل عليه المال ويؤخذ به فان أراد أن يمسك الرهن بذلك فليس له ذلك لان أصل الرهن لم يكن صحيحا لم يثبت بقبضه يد للاستيفاء فلا يكون له أن يمسكه بعد ذلك وان وجب الدين عليه ولو آجر منه ابلا الي مكة وكفل عنه رجل بالاجر وبالحمولة فأخذ الكفيل منه بذلك رهنا فان الرهن في ذلك جائز لان الكفيل مأخوذ بالكفالة وقد وجبت عليه أما على أصل محمد رحمه الله فلان الاجر بنفس العقد مؤجلا وعند أبي يوسف رحمه الله سبب الوجوب متقرر وان تأخر وجوب المال (ألا ترى) أن الابراء عنه صحيح فيجوز الرهن به سواء ارتهن من الكفيل أو ارتهن الكفيل من المكفول عنه بخلاف ماسبق ولو أن رجلا أحال على رجل بمال وأعطاه به رهنا جاز لان المال بالحوالة يجب للمحتال عليه على المحيل كما يجب للطالب على المحتال عليه وان كان رجوعه عليه يتأخر الى حين أدائه المال واذا ادعى مسلم على كافر مالا وأدى كفالة مسلم بذلك وأقام بينة من الكفار بذلك ثبت المال بهذه البينة على الاصيل دون الكفيل المسلم وشهادة الكفار لا تكون حجة على المسلم وكذلك لو كان أصل المال على كافر فشهد كافران على مسلم وكافر أنهما كفلا عنه بهذا المال وبعضهم كفلاء عن بعض جازت الشهادة على الاصيل وعلى الكفيل الكافر ولا يجوز على الكفيل المسلم لان بعض هذه الكفالة ينفصل عن البعض فانما يقضي بقدر ماقامت الحجة به واذا ادعى مسلم على مسلم مالا وجحده المطلوب وادعى الطالب كفالة رجل من أهل الذمة عنه بالمال بأمره وجحد الكفيل وشهد له بذلك ذميان جازت شهادتهما على الكفيل ولم تجز على المسلم حتى ان الكفيل اذا ادى لم يكن له أن يرجع على المسلم بشئ لان شهادة الكفار لا تكون حجة على المسلم فكما لا يثبت بهذه الشهادة الدين للطالب على المسلم فكذلك لا يثبت بها أمر الكفيل بالكفالة وكذلك لو كان المال عليهما في الصك والمسلم في صدر الصك والذمي كفيل بعده أو كان الصك عليهما وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه لان وجوب المال على أحدهما ينفصل عن وجوب المال على الآخر فانما يقضي القاضي بقدر ماقامت الحجة به وهذه البينة حجة على الكافر دون المسلم واذا كان الدين لرجلين على رجل فكفل أحدهما لشريكه بحصته عن المطلوب لم يجز من قبل الشركة التي بينهما معناه ان أصل المال كان مشتركا بينهما فلا يمكن أن يجعل هو كفيلا بنصيب صاحبه خاصة لان ذلك يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولا يمكن أن يجعل كفيلا بالنصف من المال المشترك بينهما لان هذا

يؤدي الى أن يكون ضامنا نفسه عن نفسه وذلك لايجوز (ألا ترى) أن أحدهما لو استوفى
نصيبه من المطلوب أو من غيره كان للآخر أن يشاركه فيه فكذلك اذا استوفاه من شريكه
الكفيل ولا يمكن أن يجعل هو بهذه الكفالة مسقطا حقه فى المشاركة معه لان الاسقاط
قبل وجوب سبب الوجوب باطل والسبب الموجب للشركة له فى المقبوض القبض والكفالة
يستحق ذلك فلهذا بطلت الكفالة وليست الكفالة فى هذا بمنزلة التبرع بالاداء فان أحد
الشريكين لو تبرع بأداء نصيب شريكه عن المديون جاز لان ذلك اسقاط لحق المشاركة
فى المقبوض مقترنا بالسبب وهو صحيح وهذا بمنزلة الوكيل بالبيع اذا كفل بالثمن عن المشترى
للموكل لم يجز ولو ادعى عنه جاز وكذلك لو كفل بنفس انسان ببدل الكتابة لايجوز ولو
تبرع بأداء بدل الكتابة عن المكاتب جاز وكذلك لو كان الدين لواحد فمات فورثه ابناه
فكفل أحدهما لصاحبه بحصته لان الدين كان مشتركا بينهما ارثا فهو قياس دين مشترك
بسبب آخر واذا كان لرجل على رجل ألف درهم كفل بها عنه رجل بأمره أو بغير أمره ثم
مات الطالب والمطلوب وارثه لم يكن له على الكفيل شيء لان المطلوب ملك ما فى ذمته بالميراث
فسقط عنه وبراءته توجب براءة الكفيل فان كان معه وارث آخر للطالب فانما يسقط عن
الكفيل حصة المطلوب وللوارث الآخر أن يطالب الكفيل بحصته لانه فى حصته قائم مقام
الطالب وانما يبرأ الكفيل من كل شيء يبرأ به الاصيل ولو كان احتال بها عليه فكفل بها على أن
ابرأ الطالب المطلوب ثم مات الطالب والمطلوب وارثه وكانت الحوالة بأمره لم يكن على
الكفيل شيء لان المال صار مملوكا للمطلوب بموت الطالب فلو رجع به على الكفيل والمحتال
عليه بذلك أيضا لان الحوالة والكفالة كانت فاسدة فلا يكون مقيدا بقضاء فان كان بغير أمره
رجع بها على المحتال عليه أو الكفيل لانه قائم مقام الطالب بعد موته وهذا رجوع مفيد فان
الكفيل والمحتال عليه ان كانا متطوعين هنا لا يستوجبان الرجوع عند الاداء على أحد بشيء
وهذا بخلاف الاول فان أصل المال هناك فى ذمة المطلوب فهو انما يملك بالارث ما فى ذمة
نفسه فسقط عنه ولا يرجع الكفيل بشيء سواء كفل بأمره أو بغير أمره وهنا أصل المال
تحول الى المحتال عليه فالاصيل انما يملك ما في ذمة غيره فيكون له أن يطالبه به اذا كان دينا
مفيدا واذا كفل الرجل لعبده بدين على رجل وعلى عبده دين فهو جائز لان كسب العبد
المديون لغرمائه فهذه الكفالة فى الصورة للعبد وفى المعنى للغرماء والعبد المديون يستوجب

على مولاه الدين بسائر الاسباب فكذلك بالكفالة فان قضى العبد الدين بطلت الكفالة عن المولى لان كسب العبد صار له ولا يكون كفيلا لنفسه عن نصيبه وكان الدين للعبد على المكفول عنه على حاله يأخذه به لان براءة المولى هنا بمنزلة الفسخ للكفالة فلا توجب براءة الاصيل واذا كفل رجل لرجل بألف درهم ثم مات الطالب والكفيل وارثه برئ الكفيل منه والمال على المكفول عنه على حاله يأخذه به ان كان كفل عنه بأمره وان كان كفل عنه بغير أمره فلا شئ على المكفول عنه أيضا لان المال صار للكفيل ميراثا بموت الطالب فيكون بمنزلة مالو صار له بهبة الطالب منه أو بقضائه اياه ولو قضاه أو وهبه له في حياته رجع على المكفول عنه ان كان كفل بأمره وان كان كفل بغير أمره لم يرجع عليه بشئ فهذا مثله وكذلك لو كان الطالب ابرأ منه المطلوب على أن ضمنه هذا بأمر المطلوب أو على ان احتال به على هذا ثم مات الطالب والكفيل وارثه كان له أن يأخذ الاصيل بذلك ولو كان ذلك بغير أمر المطلوب لم يرجع عليه بشئ لان تملكه مافي ذمته بالارث بمنزلة تملكه بالاداء واذا كفل العبد بأمر سيده لرجلين بألفين أو ثلاثة آلاف وقيمته ألف درهم ثم استدان ألفا ثم بيع بألف كان ثمنه بينهم يضرب صاحب الكفالة بجميعها لان جميع دينه ثبت على العبد بكفالته باذن مولاه حين كان فارغا عن الدين فلو كان استدان أولا ألفا وكانت الكفالة بعد ذلك فالثمن للمدين خاصة لان الكفالة منه كانت بعد ما شتغلت ماليته بالدين فكفالته بأمر المولى اقرار للمولى في الفصلين عليه جميعا ولو كان كفل بألف ثم استدان ألفا ثم بيع بألف كانت الالف الوسطى باطلة لانه كفل بها وماليته اشتغلت بالكفالة الاولى وهو بمنزلة مالو أقر المولى عليه بألف درهم ثم استدان ألفا ثم بيع بألف وتمام بيان هذه الفصول في كتاب المأذون والله أعلم بالصواب

﴿تم كتاب الكفالة ولله المنة﴾

كتاب الصلح

﴿قال﴾ الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسي رحمه الله املاء اعلم بأن الصلح عقد جائز عرف جوازه بالكتاب والسنة * أما الكتاب فقوله تعالى (فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير) وفى هذا بيان انه

نهاية فى الخيرية * وأما السنة فاروى أن النبي صلى الله عليه وسلم صالح أهل مكة عام الحديبية على وضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم المسجد فرأى رجلين يتنازعان فى ثوب فقال لأحدهما هل لك الى الشطر هل لك الي الثلثين فدعاهما الى الصلح وما كان يدعوهما الا الي عقد جائز وقال النبي صلى الله عليه وسلم الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما وهكذا كتب علي رضى الله عنه الي أبى موسى الاشعرى رضى الله عنه كل صلح جائز بين الناس الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما وهذا اللفظ من الاول لكتاب عمر رضى الله عنه الى أبي موسى الاشعرى قد اشتهر فيما بين الصحابة رضوان الله عليهم فما ذكر فيه فهو كالمجمع عليه منهم وبظاهر هذا الاستثناء استدل الشافعى رحمه الله لابطال الصلح على الانكار فانه صلح حرم حلالا لان المدعى ان كان محقا كان أخذ المال حلالا له قبل الصلح وحرم بالصلح وان كان مبطلا فقد كان أخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح فهو صلح حرم حلالا وأحل حراما ولكنا نقول ليس المراد هذا فان الصلح عن الاقرار لايخلو عن هذا أيضا لان الصلح فى العادة يقع علي بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وحل بالصلح فعرفنا أن المراد غير هذا والصلح الذى حرم حلالا وهو أن يصالح احدى زوجتيه على أن لا يطأ الاخرى أو يصالح زوجته على أن لا يطأ جاريته والصلح الذى أحل حراما هو أن يصالح على خمر أو خنزير وهذا النوع من الصلح باطل عندنا وحمله علي هذا أولى لان الحرام المطلق ماهو حرام لعينه والحلال المطلق ماهو حلال لعينه (ثم ذكر عن علي كرم الله وجهه) انه أتى في شئ فقال انه لجور ولولا انه صلح لرددته وفيه دليل جواز الصلح ومعنى قوله لجور أى هو مائل عما يقتضيه الحكم أو عما يستقر عليه اجتهادي من حكم الحادثة والجور هو الميل قال الله تعالى ومنها جائر أى مائل وفيه قال ان الصلح على خلاف مقتضى الحكم جائز بين الخصمين لانه يعتمد التراضى منهما وبالتراضى ينعقد بينهما السبب الموجب لنقل حق أحدهما الى الآخر بعوض أو بغير عوض فهذا لم يرده علي رضي الله عنه وذكر عن شريح رحمه الله انه قال أيما امرأة صولحت على ثمنها لم يتبين لها كم ترك زوجها فتلك الريبة وفى بعض الروايات الريبة ومعنى اللفظ الاول الشك يعنى اذا لم يتبين لها كم ترك زوجها فذلك يوقعها فى الشك لعل نصيبها أكثر مما أخذت وقوله

الريبة تصغير الربا يعني اذا لم يتبين لها كم ترك زوجها تمكن في هـذا الصلح شبهة الربا بأن يكون نصيبها من جنس ما أخذت من النقد مثـل ماأخذت أو فوقه وفيـه دليل انه يجوز للورثة أن يصالحوا بعضهم على شيء يخرجوه بذلك من مزاحمتهم وان جهالة مايصالح عنـه لا يمنع جواز الصلح لان الجهالة انمـا تفسد العقد لتعذر التسليم معها والمصالح عنه لا يستحق تسليمه بالصلح فجهالته لا تمنع جواز الصلح ثم اذا صولحت المرأة على ثمنها فان كان بعض تركة الزوج دينا على الناس فصالحوها عن الكل فهو باطل لانهـا تصير مملكة نصيبها من الدين من سائر الورثة بما تأخذ منهم من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز فاذا فسد العقد فى حصة الدين فسد فى الكل وهو دليـل لأبى حنيفة رحمه الله فى مسئلة البيوع أن العقد الواحد اذا فسد فى البعض المعقود عليه فسد في الكل وهما يقولان حصة العين هنا من البدل المأخوذ غير معلومة والدين ليس بمال أصـلا مالم يقبض فلا يكون محلا للتمليك ببدل فهو كما لو جمع بين حر وعبد فى البيع بثمن واحد فلهذا يفسد العقد فى الكل وان صالحوها من حصتها من العين خاصـة وان لم يكن فى التركة دين فهو على ثلاثة أوجـه أحدهاأن يصالحوها على أحد النقدين اما الدراهم أو الدنانير فهو جائز الا أن يكون فى التركة من جنس ذلك النقد مقدار مايكون نصيبها من ذلك الجنس أكثر مما أخذت فحينئذ لا يجوز لان مبادلة مال الربا بحصته لا يجوز الا بطريق المماثلة فان كان نصيبها أكثر مما أخذت كان الفضل فى هذا الجنس من نصيبها من سائر التركة ربا وكذلك ان كان نصيبها ثمن هذا الجنس مثل ماأخذت فنصيبها من سائر التركة يكون فضـلا خاليا عن العوض وهو الربا بعينه وان وقع الصلح عن الدراهم والدنانير فذلك جائز وان كان فى التركة من النقدين مايكون نصيبها من كل جنس أكثر مما أخذت بطريق صرف الجنس الي خلاف الجنس فتصحيح العقود بحسب الامكان واجب والصلح أولى بذلك من غـيره لان المقصود به قطع المنازعة لـما فى امتدادها من الفساد والله لا يحب الفساد فان صالحوها على عرض فهو جائز لانه وقع عليـه الصلح بنفس مال الربا فسواء كان فى التركة من جنس ما وقع عليـه الصلح مايكون نصيبها أكثر مما أخذت أولم يكن فذلك لا يؤدى الى الربا قال الحاكم رحمه الله انما يبطل الصلح على أقل من نصيبها من الربا في حال التصادق وقد بينا ذلك فى موضع آخر من هذا الكتاب فأما حال المناكرة فالصلح جائز لان مع الانكار ليس لها حق مستقر وفى ذلك الجنس أكثر

مما أخذت وعند الانكار المعطى يؤدى المال لقطع المنازعة والخصومة ويفدى به يمينه فلا يتمكن فيه الربا على ماينه وذكر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يحدث بينهم الضغائن وفيه دليل أن القاضى لا ينبغى له أن يعجل وانه مندوب الى أن يرد الخصوم ليصطلحوا على شئ ويدعوهم الى ذلك فالفصل بطريق الصلح يكون أقرب الى بقاء المودة والتحرز عن النفرة بين المسلمين ولكن هذا قبل أن يستبين وجه القضاء فأما بعد ما استبان ذلك فلا يفعله الا برضا الخصمين ولا يفعله لامرة أو مرتين لما فى الاطالة من الاضرار بمن ثبت الاستحقاق له فى تأخير حقه ولان ذلك يجر اليه تهمة الميل وعلى القاضى أن يحرز عن ذلك بما يقدر عليه وعن عمرو بن دينار أن احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على ان أخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلقها فى مرضه فاختلف الصحابة رضوان الله عليهم فى ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكان له أربع نسوة فحظها ربع الثمن وهو جزء من اثنين وثلاثين جزأ فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزأ وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا ولم يشر لذلك فى الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانون ألف دينار فهذا دليل ثروة عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه ويساره وكان قد قسم لله تعالى ماله أربع مرات فى حياته تصدق فى كل بالنصف وأمسك النصف فهو دليل على انه لا بأس بجمع المال واكتساب الغني من حله فابن عوف من الصحابة العشرة الذين شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالجنة وأيد هذا القول قوله صلى الله عليه وسلم نعم المال الصالح للرجل الصالح ولكن مع هذا ترك الجمع والاستكثار وانفاق المال فى سبيل لله تعالى أولى وهو الطريق الذى اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم لنفسه بقوله صلى الله عليه وسلم اللهم أحيني مسكينا وامتني مسكينا واحشرني فى زمرة المساكين وفى حديث عبد الرحمن رضى الله عنه مايدل عليه فان النبي صلى الله عليه وسلم قال له ما أبطأك عنى ياعبد الرحمن قال وما ذاك يارسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انك آخر أصحابى لحوقا بي بعد القيامة وأقول أين كنت فقول منعنى عنك المال كنت محبوسا ماتخلصت اليك حتى الآن وذكر عن ابن عباس رضي الله عنهما قال يتخارج أهل الميراث يعنى يخرج بعضهم بعضا بطريق الصلح وذلك جائز لما فيه من تيسير القسمة عليهم فانهم لو اشتغلوا بقسمة الكل على جميع الورثة ربما يشق

عليهم ويدق الحساب أو تتعذر القسمة فى البعض كالجوهرة النفيسة ونحوها فاذا أخرجوا البعض بطريق الصلح تيسر على الباقين قسمة مابقى بينهم فجاز الصلح لذلك وعن محمد بن سيرين رحمه الله قال ما رأيت شريحا رحمه الله أصلح بين الخصمين الا امرأة استودعت وديعة فاحترق بيتها فناولتها جارة لها فضاعت فأصلح بينهما على مائة وثمانين درهما وفيه بيان أنه كان من عادة شريح رحمه الله الاشتغال بطلب الحجة التى يفصل الحكم بها وما كان يباشر الصلح بين الخصمين بنفسه وكان يقول انما حبس القاضى لفصل القضاء ولأجله تقدم اليه الخصمان وللصلح غير القاضى فينبغى للقاضى أن يشتغل بما تعين له ويدع الصلح لغيره الا انه فى هذه الحادثة لاجل الاشتباه وتعارض الادلة دعاهما الي الصلح فان المودع اذا وقع الحريق فى بيته فناول الوديعة جارا له كان ضامنا فى القياس وفى الاستحسان لا يكون ضامنا لان الدفع الى الغير فى هذه الحال من الحفظ ولكنه عادة بخلاف النص فان المودع أمره بأن يحفظ بنفسه نصا وأن لا يدفع الى الغير فهذه الحال من الحفظ ولكنه عادة بخلاف النص فان المودع أمره بأن يحفظ بنفسه نصا وأن لا يدفع الى أجنبي فلاشتباه الادلة أصلح بينهما على مال وذكر هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها أن بريرة رضى الله عنها أتتها تسألها فقالت ان شئت عددتها لاهلك عدة واحدة وأعتقتك فذكرت ذلك لاهلها فقالوا لا إلا أن يكون الولاء لنا فذكرت ذلك عائشة رضى الله عنها لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلوات الله عليه وسلامه الولاء لمن اعتق فاشترتها واعتقتها وخطب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله تعالى شروط الله أوثق وكتاب الله أحق وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط مابال أقوام يقول أحدهم أعتق يافلان والولاء لي وانما الولاء لمن أعتق وقد تقدم بيان فوائد هذا الحديث فى كتاب الولاء وانما ذكرناه هنا ليتبين أن الزيادة التى تؤدى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها اشترى واشترطى فانما الولاء لمن اعتق وهم من هشام بن عروة كما ذكره أبو يوسف رحمه الله فى الامالى فان ذلك من الغرور وما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر أحدا بالغرور ومقصوده من ايراد الحديث هنا بيان انه يجوز بطريق الصلح والتراضى مالا يجوز بدونه فان بريرة رضى الله عنها كانت مكاتبة وقد اشترتها عائشة رضى الله عنها برضاها ولولا ذلك ماجاز شراؤها وفيه دليل انه انما يجوز أن يشترط فى الصلح مالا يكون

مخالفا لحكم الله تعالى فأما الذى يكون مخالفا لحكم الله تعالى لايجوز اشتراطه فى الصلح لقوله صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط معناه ليس فى حكم الله تعالى فالمراد بالكتاب الحكم كما قال الله تعالى كتاب الله عليكم وذكر عن على كرم الله وجهه انه أتاه رجلان يختصمان فى بغل فجاء أحدهما بخمسة رجال فشهدوا انه انتجه وجاء الآخر بشاهدين شهدا انه انتجه فقال على كرم الله وجهه للقوم ماترون فقالوا اقض لاكثرهما شهودا فقال على رضى الله عنه لعل الشاهدين خير من الخمسة ثم قال على رضى الله عنه فيها قضاء وصلح وسأبنئكم بذلك أما الصلح فانه يقسم بينهما على عدد الشهود وأما القضاء فيحلف أحدهما ويأخذ البغل فان تشاحا على اليمين أقرعت بينهما بخمسة أسهم ولهذا سهمين فأيهما خرج سهمه استحلفته وغلظت عليه اليمين ويأخذ البغل وفي هذا دليل على أن البينة على النتاج مقبولة فى الحيوان وان القاضى ينبغى له عند الاشتباه ان يستشير جلساءه كما فعله على رضى الله عنه ثم أشاروا عليه بالقضاء لاكثرهما شهودا لنوع من الظاهر وهو ان طمأنينة القلب الى قول الخمسة أكثر من طمأنينة القلب الى المثنى ورد على رضى الله عنه ذلك عليهم لفقه خفى وهو ان طمأنينة القلب باعتبار معنى العدالة فلذلك ترجح جانب الصدق في الخبر ولعل الشاهدين فى ذلك خير من الخمسة ثم الترجيح عند التعارض يكون بقوة العلة لا بكثرة العلة وفى حق من أقام خمسة زيادة عدد فى العلة فشهادة كل شاهدين حجة تامة يثبت الاستحقاق بها والترجيح بما لا يثبت الاستحقاق به ابتداء فأما مايثبت به ابتداء الاستحقاق لايقع الترجيح به فلهذا لم يرجح أكثرهما شهودا ثم قال فيها قضاء وصلح وهو دليل على أن الصلح جائز على غير الوجه الذى يقتضيه الحكم وان الصلح بين الخصمين مع الانكار جائز ثم بين وجه الصلح وهو أن يكون بينهما على عدد الشهود لاحدهما خمسة أسباعه وللآخر سبعاه وكأنه اعتبر هذا الظاهر الذى أشار اليه القوم ولكن لما كان لايؤخذ به الا عند اتفاق الخصمين عليه سماه صلحا وأما القضاء لاحدهما بأخذ البغل فهذا مذهب لعلى رضى الله عنه فقد كان يستحلف المدعي مع البينة وكان يحلف الشاهد والراوى فكأنه جعل يمين أحدهما مرجحة لجانبه باعتبار ان الاستحقاق باليمين لايثبت ابتداء فيقع الترجيح بها كقرابة الام فى استحقاق العصوبة فان الاخ لاب وأم يقدم فى العصوبة على الاخ لأب لان العصوبة لاتثبت بقرابة الام ابتداء فتقوى بها عليه العصوبة على الاخ لأب ولسنا نأخذ بهذا فقد ثبت

عندنا انه لامعتبر بيمين المدعى وقد قررنا ذلك فيما سبق ثم قال فان أداها على اليمين أقرعت بينهما لهذا بخمسة ولهذا بسهمين وهوعود منه الى وجه الصلح وبهذا يستدل الشافعى رحمه الله فى استعمال القرعة عند تعارض الحجج فى دعوى الملك ولسنا نأخذ بهذا لانه فى معنى القمار ففيه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وانما يستعمل القرعة عندنا فيما يجوز الفصل فيه من غير اقراع وقد بيناه فى كتاب القسمة وحكم الحادثة عندنا أن يقضى بالمدعى بينهما نصفين لاستوائهما فى الحجة وقد بيناذلك فى كتاب الدعوى وروينا فيه من الاثر والمعنى مايكون الاخذ به أولى من الاخذ بقول على رضى الله عنه فانه بناه على مذهبه الذى تفرد به وهو استحلاف المدعى مع الحجة والامة قد اجتمعت على خلافه والله أعلم بالصواب

باب الصلح فى العقار

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل دارا فى يد رجل فأنكرها الذي هى فى يديه ثم صالحه على دراهم أو دنانير مسماة فهو جائز * واعلم بأن الصلح أنواع ثلاثة صلح بعد الاقرار وصلح بعد الانكار وصلح مع السكوت بأن لم يجب المدعى عليه بالاقرار ولا بالانكار ويجوز مع الانكار وقال الشافعى رحمه الله يجوز الصلح مع الاقرار والسكوت ولا يجوز مع الانكار وقال الشافعى رحمه الله يجوز الصلح مع الاقرار ولا يجوز مع الانكار والسكوت وكان الشيخ أبو منصور الماتريدى رحمه الله يقول لم يعمل الشيطان فى ايقاع العداوة والبغضاء بين المسلمين مثل من عمل فى ابطال الصلح على الانكار لما فى ذلك من امتداد المنازعات بين الناس ولسنا نأخذ بهذا فمن أبطل ذلك انما أبطله احتياطا للتحرز عن الحرام وللرشوة والاعمال بالبينات وانما نقول كما قال أبو حنيفة رحمه الله أجود مايكون الصلح على الانكار وأما الشافعى رحمه الله فانه استدل بقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) والصلح على الانكار لايكون الا بالتجارة عن تراض فذلك ينبنى على ثبوت ملك المدعى على المدعي وبدعواه لا يثبت ذلك مع انكار المدعى عليه فكان أكل المال بالباطل وهو المعنى فى المسئلة فانه يأخذ المال بطريق الرشوة والرشوة حرام وبالصلح لا يحل ماهو حرام وقاس بصلح الشفيع مع المشترى بمال يأخذه ليسلم الشفعة أو يصلح القاتل مع الانكار ليقبضه منه الولي بمال يعطيه ويصلح

معروف النسب مع مدعي الرق على مال ليسترقه وبيان الوصف أن بدل الصلح اما أن يكون عوضا عن المال أو عن الدعوى والخصومة أو عن اليمين ولايجوز أن يجعل عوضا عن المدعى لان بمجرد الدعوى لايثبت الملك فى المدعي للمدعى قال صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث ٭ والدليل عليه أنه لو استحق بدل الصلح لايرجع بالمال المدعى ولكن يعود على رأس الدعوى ولو كان المال بدلا عن المدعى لكان يعود به عند الاستحقاق كما لو كان الصلح بعد الاقرار ولو كان المصالح عنه دارا لايجب للشفيع فيها الشفعة أو كان المال بدلا عن المدعى والخصومة لان ذلك ليس بمال فلا يجوز الاعتياض عنه بالمال ولانه كما لا يستحق بنفس الدعوى أخذ المال المدعى فكذلك لا يستحق أخذ المال بطريق الصلح ولا جائز أن يكون بدلا عن اليمين لان اليمين مشروعة لقطع الخصومة فلا يجوز الاعتياض عنها بالمال كالمودع اذا ادعى رد الوديعة أو هلاكها كان القول قوله مع اليمين ولو صالح من هذه اليمين على ما كان باطلا فعرفنا أن المدعى عليه انما يبذل المال ليدفع به أذى المدعي عن نفسه والمدعى يأخذ المال ليكف عن الخصومة معه بغير حجة وخصومته بغير حجة ظلم منه شرعا وأخذ المال ليكف عن الظلم رشوة فيكون حراما لقوله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي فى النار ولقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي والرائش وبنحو هذا يستدل ابن أبى ليلى رحمه الله الا أنه يقول المدعي بنفس الدعوى يصير حقا للمدعى مالم يعارضه المدعى عليه بانكاره (ألا ترى) انه لو لم ينازعه فى ذلك لتمكن من أخذه وهذا لان الدعوى خبر محتمل بين الصدق والكذب ولكن الصدق يترجح فيه من حيث ان دينه وعقله يدعوانه الى الصدق ويمنعانه من الكذب الا أن المدعى عليه اذا عارضه بانكاره فانكاره أيضا محتمل بين الصدق والكذب فلتحقق المعارضة تخرج دعواه من أن تكون موجبة للاستحقاق مالم يظهر الترجيح فى جانبه بالبينة واذا كان المدعى عليه ساكتا فالمعارض لم يوجد فتبقى دعوى المدعى معتبرة فى الاستحقاق فلهذا يجوز الصلح فى هذه الحال فأما بعد المعارضة بالانكار لم يبق للدعوى سبب الاستحقاق فأخذ المال بطريق الصلح يكون رشوة وأصحابنا رحمهم الله استدلوا فى ذلك بظاهر قوله تعالى والصلح خير فالتقييد بحال الاقرار يكون زيادة على النص والمعنى فيه أن المدعى أحد الخصمين في دعوى العين لنفسه فيجوز له أن يأخذ المال بطريق الصلح من صاحبه كالمدعي عليه فانه لو وقع الصلح بينهما على أن يسلم العين الى المدعى بمال

يأخذه منه جاز ذلك بالاتفاق وتأثيره ان كل واحد منهما يدعى العين لنفسه وخبره فى حقه محمول على الصدق وانما لايكون حجة على خصمه ثم المدعى عليه انما يأخذ المال بطريق الصلح باعتبار قوله ان العين لي وانى أملكه من المدعى بما استوفي منه لاباعتبار يده (ألا ترى) أن المودع باعتبار يده بدون هذا القول لا يأخذ العوض عن الوديعة من المودع والمدعي قد وجد منه القول مثل ماوجد من المدعى عليه فكما يجوز للمدعي عليه أن يأخذ المال صلحا باعتبار قوله فكذلك يجوز للمدعى وفى هذا بيان أن المال عوض من المدعى فى حق من يأخذه فان كانت قدا نقطعت الخصومة فى حق صاحبه ومثله جائز كمن اشترى عبدا أقر بحريته فما يعطى من الثمن بدل ملك الرقبة فى حق البائع وهذا فداء فى حق المشترى حتى يعتق العبد فهذا مثله ولان الصلح مع الانكار ابراء بعوض ولو أبرأه بغير عوض صح ذلك فكذلك اذا أبرأه بعوض كما لو صالح بعد الاقرار ومعنى ذلك أن المدعى يسقط حقه عن المال المدعى دينا كان أو عينا ثم انكار المدعي عليه لايمنع صحة ابرائه بغير عوض حتى لو أبرأه عن الدين ثم أقر المدعي عليه بأنه كان واجبا كان الابراء صحيحا وهذا لان الابراء اسقاط والاسقاط يتم بالمسقط وحده وانما يحتاج الي مراعات الجانب الآخر فى التملكات فأما فى الاسقاطات فلا كالطلاق والعتاق وهذا لان المسقط يكون متلاشيا ولا يكون داخلا فى ملك أحد ولهذا صح الابراء عن الدين قبل قبول المديون وان كان يرتد برده لتضمنه معنى التمليك ولكن ذلك تبع وانما يعتبر ما هو المقصود وهو الاسقاط فشرط صحته ثبوت الحق فى جانب المسقط وذلك ثابت بخبره وانما لم يجعل الدعوى سببا للاستحقاق على الغير ثم بنفس الدعوى يستحق الجواب والحضور على المدعي عليه ويستحق اليمين بعد المعارضة بالانكار حتى يستوفى بطلبه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله لك يمينه فعرفنا ان جانب الصدق ترجح فى حقه قبل المعارضة بالانكار وبعد المعارضة وانما لايعطى بنفس الدعوى المال المدعى لما قال صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث فاذا ترجح معنى الصدق في حقه ثبت الحق فى جانبه فيملك التصرف فيه بالاسقاط وهذا النوع من الاسقاط مما يجوز أخذ العوض عنه كما بعد الاقرار فيأخذ المال بطريق الصلح عوضا عن اسقاط حق ثابت فى حقه والمدعي عليه ليس يتملك شيئا فلا يشترط ظهور الحق فى جانبه (ألا ترى) أن الزوج اذا خالع امرأته على مال مع أجنبي ضمنه أو من له القصاص اذا صالح مع أجنبي

على مال ضمنه يصح ذلك ويستحق المال عوضا عن الاسقاط وان كان من يعطى المال لا يتملك به شيئا وأظهر من هذا كله صلح الفضولى فانه لو قال للمدعي ان المدعى عليه قد أقر معى سرا وأنت محق فى دعواك فصالحني على كذا من المال وضمن له ذلك فصالحه صح الصلح بالاتفاق ومعلوم أن باقراره لا يثبت المال على المدعى عليه وانما صح هذا الصلح بطريق الاسقاط لظهور الحق فى جانب المدعي دون المدعى عليه فكذلك اذا صالح مع المدعي عليه بل أولى لان المدعي عليه ينتفع بهذا الصلح والفضولى لا ينتفع به ووجوب المال عوضا عن الاسقاط على من ينتفع به أسرع ثبوتا منه على من لا ينتفع به (ألا ترى) انه لو خالع امرأته على مال وجب المال عليها وان لم يضمن بخلاف ما لو كان الخلع مع أجنبي (يقرره) أن الفضولى لا يتملك بهذا الصلح شيئا ثم يلزمه دفع المال عوضا عن الاسقاط فكذلك المدعى عليه اذا كان منكرا فهو لا يتملك بهذا الصلح شيئا ولكن يلزمه دفع المال عوضا عن الاسقاط كما لو التزمه وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله ان بدل الصلح كالمقر به يكون عوضا عن المدعى عليه ويصير المدعى عليه بالاقدام على الصلح كالمقر به لان القاضى يقول له أى ضرورة ألجأتك الى الصلح وكان من حقك أن ترفع الامر الي لامنع ظلمه عنك فلما اخترت الصلح صرت كالمقر لما ادعى ولكن هذا اقرار ثبت ضمنا للصلح فاذا بطل الصلح بالاستحقاق يبطل ما كان في ضمنه كالوصية بالمحاباة لما ثبت ضمنا للبيع يبطل ببطلان البيع فلهذا يعود على رأس الدعوى ولما كان هذا الاقرار فى ضمن الصلح لا يظهر حكمه فى غير عقد الصلح واستحقاق الدعوى بالشفعة حكم وراء ذلك فلا يظهر فى حقه كما لو كان الصلح مع فضولي ومنهم من يقول المدعى يستحق المال عوضا فى حقه عن المدعى فأما فى حق المدعى عليه فانه قد التمسه لان اليمين حق للمدعى قبله مستحق الهلاك على ما بيناه فى الدعوى فيكون بمنزلة القصاص والعفو عن القصاص على مال يأخذه صحيح فكذلك فداء المال باليمين صحيح نص عليه فى الجامع الصغير قال ولو فدى يمينه بعشرة دراهم يجوز وذلك مروى عن حذيفة رضى الله عنه أن رجلا ادعى عليه مالا وطلب يمينه وقال لا تحلفني ولك عشرة فأبى فقال لا تحلفنى ولك عشرون فأبى فقال لا تحلفنى ولك ثلاثون فأبى فقال لا تحلفنى ولك أربعون فأبى فحلف ومن هذا وقع فى لسان العوام أن اليمين الصادقة يشترى بأربعين درهما فأما المودع اذا ادعى الرد فمحمد رحمه الله يقول بجواز الصلح هناك أيضا فداء لليمين وأبو يوسف رحمه الله لا يجوز ذلك لانه انما استفاد البراءة بمجرد

قوله رددت وهو تساط على ذلك من جهة المودع وانما اليمين لنفي التهمة (ألا ترى) انه لو مات قبل أن يحلف كان بريئا وهنا اليمين حق للمدعى قبل المدعي عليه لمنى الاهلاك على ماقد قررنا فيجوز أخذ العوض عنها وبهذا يتبين أن هذا ليس بأ كل المال بالباطل ولكنه بمنزلة التجارة عن تراض على أحد الطريقين وهو ثبوت الاقرار فى ضمن الصلح وعلى الطريق الآخر هو ليس بتجارة عن تراض ولا أ كل بالباطل ولكنه بذل مقيد بمنزلة الهبة والصدقة ونحوهما وفى الحقيقة الخلاف بيننا وبين الشافعى رحمه الله ينبنى على الابراء عن الحقوق المجهولة بعوض وهو لا يجوز عنده لان معني التمليك يغلب فى الصلح فيكون كالبيع وجهالة المبيع تمنع صحة البيع فكذلك جهالة المصالح عنه وعندنا ذلك جائز بعوض وبغير عوض واعتمادنا فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث خالدا الى بني جذيمة داعيا لا مقاتلا وبلغه ماصنع خالد أعطى عليا رضي الله عنه مالا وقال ائت هؤلاء القوم واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك وأدهم كل نفس ذا مال فأتاهم علي رضى الله عنه ووداهم حتى ميلغة الكلاب فبقى في يده مال فقال هذا لكم مما لا تعلمونه أنتم ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلوات الله عليه وسلامه أصبت وأحسنت فذلك تنصيص على جواز الابراء عن الحقوق المجهولة بعوض وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للرجلين اللذين اختصما اليه اذهبا تحريا وأقرعا وتوخيا واستهما ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه وهذا ابراء عن الحق المجهول والدليل عليه أن الجهالة انما تؤثر لانها لاتمنع التسليم والمصالح عنه لا يحتاج فيه الى التسليم فالجهالة فيه لاتمنع صحة الصلح فى بيان قول أبى حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الانكار قد طعن فى هذا اللفظ بعض الناس وقال الاختلاف فى الصلح على الانكار اختلاف ظاهر فكيف يكون المختلف فيه أجوز من المتفق عليه ولكنا نقول مراده انه أنفذ وألزم فالصلح مع الاقرار يفسد بأسباب لا يفسد الصلح مع الانكار بذلك السبب أو مراده انه أ كثر ما يكون بين الناس لانه اذا وقع الاقرار استوفى المدعى حقه فلا حاجة الى الصلح وانما الحاجة الي ذلك عند الانكار ليتوصل به المدعى الى بعض حقه أو مراده ان ثمرة الصلح قطع المنازعة وذلك عند الانكار أظهر لان مع الاقرار لا تمتد المنازعة بينهما والعقد الذى يفيد ثمرته يكون أقرب الى الجواز مما لا يكون مفيدا ثمرته ثم الصلح على الاقرار تمليك مال بمال فيكون بيعا

وهـذا العقد اختص باسم فلا بد لاختصاصه بالاسم من أن يكون مختصا بحكم وذلك الحكم لا يكون الا جوازه مع الانكار فهو معنى كلام أبي حنيفة رحمه الله ثم اعلم بأن ماوقع عليه الصلح يكون عوضا من المدعي في حق المدعي بمنزلة العوض في البيع فكل ما يصلح أن يكون عوضا في البيع يصلح أن يكون عوضا في الصلح وقد بينا ذلك في البيوع والمصالح عليه يحتاج الى قبضه فلا بد من اعلامه على وجه لا تبقى فيه منازعة بينهما ولهذا لا يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة ولا يثبت الثياب فيه دينا الا موصوفا مؤجلا كما في البيع والمصالح عليه اذا كان عينا لا يجوز التأجيل فيه كما في البيع لا يجوز التأجيل في العين ثم الصلح عقد هو فرع فيعتبر بنظائره مما هو أصل حتى اذا كان على دين في الذمة فحكمه حكم اليمين في البيع وان كان على غير دين فحكمه حكم البيع واذا كان على منفعة فحكمه حكم الاجارة وكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز استحقاقها بالصلح ومالا فلا حتى اذا صالح على سكنى ثبت بعينه الى مدة معلومة يجوز وان قال أبدا أو حتى يموت لم يجز وكذلك ان صالح على أن يزرع له أرضا بعينها سنين مسماة يجوز وبدون بيان المدة لا يجوز كما في الاجارة ولو كان لرجل ظلة أو كنيف شارع على طريق نافذ فخاصمه رجل فيه وأراد طرحه فصالحه من ذلك على عشرة دراهم كان الصلح باطلا ويخاصمه في طرحه متى شاء لان هذا الطريق النافذ حق جماعة المسلمين فلا يمكن واحد منهم أن يعتاض عنه شيئا فصاحب الظلة لا يستفيد بهذا الصلح حق الاقرار لان لكل مسلم أن يخاصمه في طرحه والذي خاصمه كان محتسبا في ذلك فارتشى لترك الحسبة وذلك حرام وهذا لان من أصل أبي حنيفة رحمه الله ان لكل مسلم أن يمنع من وضع الظلة على طريق المسلمين وأن يطالب الرفع بعد الوضع سواء كان فيه ضرر أولا ضرر فيه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان فيه ضرر فكذلك الجواب وان لم يكن فيه ضرر فلكل مسلم حق المنع في الابتداء وليس له أن يخاصم في الرفع بعد الوضع لانه قاصد الى الاضرار بصاحب الظلة غير دافع الضرر عن المسلمين وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله لا يمنع في الابتداء اذا لم يكن فيه ضرر كما لا يرفع بعد الوضع وأبو حنيفة رحمه الله يقول الطريق مشترك بين جميع الناس وكل واحد منهم بمنزلة الشريك في الطريق الخاص فكما لا يعتبر هناك الضرر في ثبوت حق المنع والرفع فكذلك هنا ولو كان على طريق غير نافذ فخاصمه رجل من أهل الطريق وصالحه على دراهم مسماة كان جائزا لان شركة

أصحاب الطريق شركة ملك ولهذا يستحقون به الشفعة فهذا المصالح ملك نصيبه من صاحب الظلة وتمليك ما هو مملوك له بعوض صحيح فان قيل صاحب الظلة لا يستفيد بهذا الصلح شيئا لان لسائر الشركاء أن يخاصموه فى الطريق قلنا لا كذلك بل يستفيد من حيث ان سائر الشركاء لو صالحوه أيضا لم يكن له أن يخاصمه فى الطريق وهذا لانه بالصلح تملك نصيبه فيصير كأحد الشركاء فى وضع الظلة على هذه الطريق حتى اذا رضى شركاؤه بذلك كان له حق قرار الظلة وبعض المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله كان يقول تأويل هذه المسألة ان الظلة على ما هى على الطريق فالمصالح يصير مملكا نصيبه من وضع أصل البناء وذلك جائز فأما اذا لم يكن كذلك فينبغى أن لا يجوز لانه يصير مملكا نصيبه من هواء الطريق وتمليك الاهواء بعوض لا يجوز والاصح هو الاول لان هواء الطريق الخاص مشترك بينهم كأصل الطريق واسقاط الحق عن نصيبه من هواء الطريق بعوض صحيح كما يصح اسقاط الحق فيه بغير عوض ولو صالحه على مائة درهم على أن يطرح الظلة عن هذا الطريق كان جائزا لان فيه منفعة لاهل الطريق فكان المفيد للمال صالح عن نفسه ليوصل المنفعة اليهم بازالة الشاغل عن هواء طريقهم وذلك جائز وتأويل هذا ان الظلة كانت على بناء مبنى على الطريق وصاحب الظلة يدعى ملك ذلك الوضع لنفسه أو يدعى حق قرار الظلة بسبب صحيح فسقط حقه بما يأخذ من المال بطريق الصلح على الانكار وذلك جائز من أحد الشركاء عن نفسه وعن أصحابه بطريق التبرع كصلح الفضولى ولو ادعى حقا فى دار فى يدى رجل فصالحه من ذلك على خدمة عبد بعينه شهرا فهو جائز لان المصالح عليه مقدور التسليم معلوم فان مات العبد قبل أن يخدمه بطل الصلح لتحقق فوات المعقود عليه لا على عوض فيعود على رأس الدعوى وان مات بعد ما خدمه نصف الشهر كان على دعواه فى النصف اعتبارا للبعض بالكل ولو قتله أجنبي فعلى قول أبى يوسف رحمه الله لا يبطل الصلح ولكن للمدعي الخيار ان شاء أبطل الصلح وعاد على رأس الدعوى وان شاء أمضى الصلح واشترى له بالقيمة عبدا آخر ليخدمه وقال محمد رحمه الله الصلح باطل وجه قوله ان الصلح على المنفعة بمنزلة الاجارة ولو قتل العبد المستأجر بطل عقد الاجارة فكذلك اذا قتل العبد الذي وقع الصلح على خدمته وهذا لان حق المصالح فى المنفعة والقيمة الواجبة على القاتل بدل العين لا بدل المنفعة فقد فات المعقود عليه لا الى عوض وهو نظير موت العبد ولان الصلح عقد محتمل للفسخ ودفع الضرر عن

المدعي ممكن بالاعادة الى رأس الدعوي فلا حاجة بنا الى أن نقيم بدل العين مقام بدل المنفعة في ابقاء هذا العقد بخلاف الوصية فان العبد الموصى بخدمته اذا قتل لا تبطل الوصية لان دفع الضرر عن الموصى له هناك غير ممكن باعادة عوضه اليه فلاجل الضرورة أقمنا بدل العين مقام بدل المنفعة ولان العبد من وجه كأنه موصى به ولهذا يعتبر خروجه من الثلث وأبو يوسف رحمه الله يقول المصالح ملك المنفعة بعقد يجوز أن يملك به العين فاذا هلكت العين وأخلفت بدلا لا يبطل الصلح كالعبد الموصى بخدمته اذا قتل لا تبطل الوصية ولكن يشتري بقيمته عبدا آخر ليخدم الموصي له بخلاف الاجارة وهي ملك المنفعة بعقد لا يجوز أن تملك به العين فلا يمكن اقامة بدل العين هناك مقام بدل المنفعة في الاستحقاق بحكم ذلك العقد واذا كان العقد بحيث يجوز أن يملك به العين يمكن اقامة بدل العين فيه مقام بدل المنفعة في ايفاء العقد ثم الصلح على الانكار في معنى الوصية لانه ليس بازاء المنفعة بدل يستقر وجوبه باستيفاء المنفعة كما في الوصية بخلاف الاجارة فان قيل كيف يستقيم هذا والمصالح هناك له أن يؤاجر العبد من غيره وفي الوصية الموصي له بالخدمة لا يملك أن يؤاجره من غيره قلنا انما ملك ذلك لان الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى وهو يزعم انه ملك المنفعة بعوض فالصلح على الانكار بمنزلة عقد المفاوضة فاذا تملك المنفعة به ملك أن يؤاجره من غيره وان كان لا يستقر وجوب البدل باستيفاء المنفعة كما اذا ملك المنفعة بالخلع أو النكاح أو الصلح عن القود * توضيحه ان هذا العقد من وجه يشبه الاجارة وهو ان المنفعة تملك بعوض ومن وجه يشبه الوصية وهو ان باستيفاء المنفعة لا يستقر وجوب عوض فلشبهه بالاجارة قلنا يملك أن يؤاجره من غيره ولشبهه بالوصية قلنا لا يبطل بالقتل وتقوم قيمته مقام عينه لان المقصود بهذا العقد قطع المنازعة بينهما وذلك واجب بحسب الامكان ابتداء وبقاء لما في امتدادها من الفساد وانما أثبت الخيار للمدعى لحصول التغير لا في ضمانه فالمنفعة لا تدخل في ضمانه قبل الاستيفاء وعلى هذا لو كان القاتل هو المدعى عليه تجب القيمة أيضا لانه وان كان مالكا للعبد فالمصالح قد صار أحق به منه فهو في وجوب القيمة عليه بالقتل كأجنبي آخر عند أبي يوسف رحمه الله كالراهن اذا قتل المرهون أو الوارث اذا قتل العبد الموصى بخدمته وان كان المصالح هو الذى قتل العبد فهو على الخلاف أيضا لانه أجنبي من الرقبة فيلزمه من القيمة بالقتل ما يلزم غيره واختلف مشايخنا رحمهم الله في ثبوت الخيار للمصالح في هذا الفصل عند

أبى يوسف رحمه الله فنهم من يقول يثبت كما اذا قتله أجنبي آخر والا وجه أن لا يثبت لان التغيير حصل بفعله هنا وهو راض بفعله لا محالة وهذا على أصل أبى يوسف رحمه الله مستقيم فقد قال اذا جنى البائع على المبيع وهو فى يد المشترى فهو غير ثابت لا محالة وهذا على أصل أبى يوسف رحمه الله لا يسقط به خيار المشترى بخلاف ما اذا جنى عليه غيره وعلى هذا لو صالحه على لبس هـذا الثوب شهرا أو على أن يركب دابتـه هذه الى بغداد فان هذه منفعة يجوز استحقاقها بالاجارة والوصية فكذلك بالصلح فان مات المدعى أو المدعى عليـه وقد استوفى نصف المنفعة فانه يبطل الصلح بقدر ما بقي ويرجع فى دعواه بقدره وهذا في قول محمد رحمه الله بناء على أصله ان الصلح على المنفعة كالاجارة والاجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين وهذا لانه ان مات المدعى فلو أبقينا الصلح أدي الى توريث المنفعة والمنفعة لا يجرى فيها الارث (ألا ترى) أن الموصى له بالخدمة اذا مات لا يخلفه وارثه فى استيفاء المنفعة وأ كثر ما فيه أن يجعل الصلح كالوصية وان مات المدعى عليه فالعين صارت لوارثه والمنفعة بعد ذلك تحدث على ملكه ويستحق عليه منفعة ملكه بغير رضاه فأما عند أبى يوسـف رحمه الله فان مات المدعي عليه لم يبطل الصلح وان مات المدعى ففى سكنى الدار وخدمة العبد كذلك الجواب فأما فى لبس الثوب وركوب الدابة يبطل الصلح وهذا الجواب عنه محفوظ فى الامالى ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول تأويله اذا ادعى عبـدا فى يد غيره ثم صالحه على خدمته شهرا أو ادعى بيتا ثم صالحه على سكناه شهرا فان الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى وفى زعمه انه يستوفى المنفعة بملكه الاصلي لا ان تملكها بعقد الصلح بعوض فلا يبطل ذلك بموته ولا بموت المدعى عليـه فأما اذا كان الصلح على خدمة عبد للمدعي عليـه فينبغى أن يبطل بموت أحدهما كما ذكره في الكتاب مطلقا ومنهم من حقق الخلاف فى الفصول كلها ووجه قول أبى يوسف رحمه الله ما ذكرنا أن المقصود بالصلح قطع المنازعة وفى ابطال هذا الصلح بموت أحدهما اعادة المنازعة بينهما فلوجوب التحرز عن ذلك قلنا بأنه يبقى الصلح بعد موت أحدهما لانه ان مات المدعى عليه فوارثه ينتفع بابقاء هذا الصلح مثل ما كان المورث انتفع به وهو سقوط منازعة المدعي فلو أبطلنا الصلح ربما لا يتمكن من تحصيل هذه المنفعة لنفسه بخلاف الاجارة وان مات المدعى فوارثه يقوم مقامه فيما لا يتفاوت الناس فى استيفائه كخدمة العبد وسكنى البيت وربما لا يتمكن من تحصيل ذلك لنفسه بعقده فابطلنا الصلح فأما فيما يتفاوت الناس فيه كلبس الثوب وركوب

الدابة لا يمكن اقامة الوارث فيه مقام المورث للضرر الذي يلحق المالك فيه ولم يرض بالتزامه فلهذا أبطلنا الصلح ويشبه هذا بالمنفعة اذا جعلت بدلا فى الخلع أو الصلح من دم العمد والنكاح فانه لا يسقط الحق عنها بموت أحدهما ولكن يستوفى المنفعة أو بدلها بعد الموت على حسب ما تكلموا فيه فكذلك هنا وان صالحه على سكنى بيت فانهدم لم يبطل الصلح لان الاصل باق والانتفاع به من حيث السكنى ممكن الا أن تمام المنفعة بالبناء فاذا رضى المدعى عليه بأن يبنى البيت بماله فيه ليسكنه بقى الصلح بينهما ولكن للمدعى الخيار للتغيير وان شاء أبطل الصلح وعاد على دعواه وان شاء أمضى الصلح وهذا قولهم جميعا والجواب فى اجارة البيت هكذا ولو صالحه من دعواه على كذا كذا ذراعا مسماة من هذه الدار لم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وجاز فى قولهما بمنزلة ما اشترى كذا ذراعا من الدار وقد بيناه فى التبرع فان الصلح على عين يكون بمنزلة البيع وكذلك ان صالحه على كذا كذا جريبا من الارض ولو ادعى أذرعا مسماة فى الدار فصالحه منها على دراهم مسماة كان جائزا عندهم جميعا لان جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح كما لو ادعى حقا فى دار ولم يسمه ثم صالح منه على شيء معلوم وهذا لان المصالح عنه لا يستحق تسليمه بالصلح فجهالته لا تفضى الى المنازعة ولو ادعى كل واحد منهما فى دار فى يدى صاحبه حقا ثم اصطلحا على أن يسلم كل واحد منهما لصاحبه ما فى يده بغير تسمية ولا اقرار فهو جائز لان كل واحد منهما قابض لما شرط له بالصلح فلا حاجة الى التسليم والجهالة انما تمنع اذا كانت تفضى الى منازعة مانعة من التسليم ولو ادعى رجل فى أرض رجل دعوى فصالحه على طعام بعينه مجازفة فهو جائز لان الطعام المعين يجوز بيعه وان لم يكن معلوم القدر فكذلك الصلح عليه وكذلك لو صالح على دراهم بعينها بغير ذكر الوارث لان مثله يصلح ثمنا فى البيع فيصلح بدلا فى الصلح أيضا ولو صالحه على عبد بعينه لم يره فهو بالخيار اذا رآه لان المصالح عليه اذا كان عينا فهو كالمشترى بطريق البناء على زعم المدعى ولهذا يستحق بالشفعة لو كانت دارا ومن اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه وكذلك الرد بالعيب فى الصلح بمنزلة الرد بالعيب فى البيع حتى يرد المصالح عليه بالعيب اليسير والفاحش بطريق البناء على زعم المدعي واذا تعذر الرد بالعيب رجع بحصة العيب في الدعوى لان رأس ماله فى حق المدعي عليه هو الدعوى والخصومة فكما ان عند الرد بالعيب يرجع فى ذلك فكذلك عند تعذر الرد بالعيب من الدعوى ولو استحق نصف العبد من يده كان بالخيار فيما بقى لعيب

التبعيض فان رد ما بقي كان علي دعواه فان أمسك مابقي منـه كان على نصف دعواه اعتبارا لاستحقاق البعض بالـكل ولو ادعى رجل فى دار لرجـل دعوى فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره بانكار أو اقرار فان ذلك جائز ولا شئ للمصالح من حقوق المدعى انما يكون ذلك للذى فى يده الدار ولا يجب المال على المصالح الا أن يضمنه الذى صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم الا أن الاجنبي ان ضمن المال فهو عليه بالالتزام ولا يدخل فى ملكه بازاء ما التزم شئ لان المسقط يكون متلاشيا ولا يكون داخلا فى ملكه وان لم يلزمه المال بمطلق العقد ولكن ان كان الصلح بأمر المدعى عليه فالمال عليه لان الاجنبي يعبر عنه (ألا ترى) انه لا يستغنى عن اضافة العقد اليـه وان كان بغير اذنه فهو موقوف على اجازته لان المال لم يجب للمصالح ولا يمكن ايجابه على المدعى عليه بغير رضاه والمدعى لم يرض سقوط حقه الا بعوض يجب له فيتوقف على رضا المدعى عليه ولو لم يكن فى صلح الاجنبي الا العرف الظاهر وحاجة الناس الى ذلك لان المدعي عليه يتحرز من قبول ذلك مخافة أن يجرى على لسانه ماهو اقرار لكان هذا كافيا لجواز هذا العقد فان صالحه على عبد بعينه فوجد به عيبا فرده أو استحق أو وجد حرا أو مدبرا أو مكاتبا عاد فى دعواه ولم يكن له على المصالح شئ لان هذا الصلح لو كان مع المدعي عليـه كان يبطل بهذه العوارض ويعود المدعي على دعواه فكذلك اذا كان مع الاجنبي وهذا لان العقد انفسخ بهذه الاسباب والتزام المصالح كان بالعقد فاذا انفسخ العقد عاد الحكم الذى كان قبله وهو خصومة المدعى مع المدعى عليه ولو صالحه على دراهم مسماة وضمنها له فدفعها اليـه فاستحقت أو وجد منها زيوفا أو ستوقا فله أن يرجع بذلك علي الذى صالحه دون الذى فى يديه الدار كما لو كان هذا الصلح مع المدعى عليه وهذا لان المصالح التزم بالمـال بالعقد دينا فى ذمته حين ضمنه وبالرد بهذه الاسباب ينتقض القبض لا أصل العقد فيعود الحكم الذى كان قبـل القبض وهو انه مطالب بتسليم المال بسبب التزامه فى ذمته ولو صالحه على دراهم وضمنها ثم قال لا أؤديها أجبرته على أن يؤديها اليه لانه التزم بالضمان والزعيم غارم وشرط على نفسه أن يؤدى المال والوفاء بالشرط لازم خصوصا اذا كان الشرط في عقد لازم ولو لم يكن ضمنه لم يكن عليه شئ ولكن الصلح موقوف عليه فان قبل لزمه المال وان رد فالصلح باطل ولو ادعى فى دار رجل حقا فصالحه

على دراهم ودفعها اليه ثم استحقت الدار من يد المدعي عليه كان له أن يرجع بدراهمه لان
هذا الصلح مبنى على زعم المدعي وفى زعمه انه أخذ الدراهم عوضا عن الدار فاذا استحقت
كان عليه رد المقبوض من البدل كالمبيع اذا استحق وان جعلناه مبنيا على زعم المدعي عليه ففى
زعمه أنه أعطى المال بغير عوض وان له حق الاسترداد وكذلك لو صالح عنه غيره وضمن
المال رجع المصالح بدراهمه لان بعد الاستحقاق ثبوت حق الرجوع بسبب أداء المال وانما
يثبت لمن أدى ولو استحق نصفها أو ثبت معلوم فيها أو جميعها الا موضع ذراع لم يكن للمصالح
أن يرجع بشئ من الدراهم لانى لاأدرى لعل دعواه فيما بقى دون مااستحق وهـذا الصلح
مبني على زعم المدعى وهو يتمكن من أن يقول انما كان حقي مابقى وقد صالحتك عنه فلهذا
لا يرجع بشئ من الدراهم بخلاف مااذا استحق جميع الدار وان ادعى في بيت فى يدى رجل
دعوى فصالحه من ذلك على أن يبيت على سطحه سنة فهو جائز لان فى زعم المدعي انه
يستوفى ملك المنفعة باعتبار ملك الاصل ولم يذكر مااذا صالحه على أن يبيت آخر بعينه سنة
والجواب فى ذلك انه يجوز أيضا لما استشهد به فقال (ألا ترى) انه لو استأجره جاز وقد
بينا أن مايستحق من المنفعة بعقد الاجارة يجوز استحقاقه بعقد الصلح قال الحاكم رحمه الله
وقد تأوله بعض مشايخنا رحمهم الله على السطح المحجر لانه اذا كان بهـذه الصفة فهو موضع
السكنى عادة فيجوز استئجاره لمنفعة السكنى قال رضي الله عنه والاصح عندي أنه يجوز على
كل حال لان السطح مسكن كالارض ولو استأجر أرضا معلومة من الارض لينزل فيه مدة
معلومة جاز فكذلك السطح وهذا لانه يتمكن من السكنى عليه بنصب خيمة فيه أو نحوها ولو
ادعى نصف الدار وأقر بأن نصفها لذى اليد فصالحه ذو اليد على دراهم مسماة ودفعها اليه ثم
استحق نصف الدار رجع عليه بنصف الدراهم لان فى زعم المدعى أن الدار كانت بينه وبين
المدعى عليه نصفين والمستحق نصف شائع فيكون من النصيبين وبه تبين انه استحق نصف
ماوقع الصلح عليـه فيرجع بنصف الدراهم لو كان المدعى لم يقر لذى اليد بحق فيها أو قال
نصفها لى ونصفها لفلان وقال المدعي كذبت بل نصفها لي والنصف الآخر لاأدرى لمن هو
أو قال كلها لى ونصفها لفلان لم يرجع عليه بشئ من الدراهم لانه لم يستحق شيأ وقع الصلح
عنه بزعم المدعى فهو يقول انمـا صالحت عن النصف الذى بقى فى يدك وقد بينا أن الصلح
على الانكار مبنى على زعم المدعى واذا كانت الدار وديعـة فى يد المدعى فصالح المدعى من

دعواه فيها على شئ لم يرجع به على المودع لانه كأجنبي آخر فى التزام المال بالصلح فقد كان متمكنا من أن يثبت بالبينة انه مودع فيها لتندفع الخصومة عنه الا أن يكون أمره بذلك فحينئذ يرجع عليه لانه عامل له بأمره فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة واذا صالح الرجل من دعواه فى دار لم يعاينها الشهود ولا عرفوا الحدود أو صالحه من دعواه في دار بغير عينها ثم خاصمه فى دار وزعم أنها غير التى صالحه عنها وقال المدعى عليه هى تلك تحالفا وترادا الصلح وعادا فى الدعوى لان الصلح عقد محتمل للفسخ بالاقالة فاذا اختلفا فى عين ماتناوله العقد تحالفا وترادا كالمتبايعين اذا اختلفا فى عين المبيع ولو أن دارا فى يدى ورثة ادعى رجل فيها حقا وبعضهم غائب فصالح الشاهد منهم المدعي علي شئ مسمي من جميع حقه فهو جائز لانه فى حصة شركائه متبرع بالصلح وقد ذكرنا ان صلح المتبرع جائز اذا التزم العوض والدار الموروثة علي حالها لان المدعى مسقط لحقه بما يأخذ من العوض غير متملك شيئا ممن يأخذ منه العوض فلا يرجع هذا الصالح عليهم بشئ لانهم لم يأمروه بدفع شئ ولو كان صالح على أن يكون حقه له خاصة دون الورثة فهو جائز أيضا لان المدعى يملك مايدعيه لنفسه من الذى يصالحه بما يستوفي من العوض والصلح مبنى علي زعمه فيجوز ثم يقوم هذا المصالح مقام المدعى فيما بينه وبين شركائه علي حجة المدعى فان أثبت له ملك شئ معلوم بالحجة ثبت ملكه فى ذلك بالشراء واذا لم يكن له بينة فله أن يرجع على المدعي بحصة شركائه التى لم يسلم له لان المدعى عاجز عن تسليم ذلك اليه والصلح مبنى على زعمه فيتحقق عجزه عن التسليم فى ذلك القدر فيبطل الصلح فيه ويرجع بما يقابله من البدل (ألا ترى) أن رجلا لو ادعي دارا فى يدى رجل فصالحه رجل منها على عبد علي أن تكون الدار له ثم خاصمه الذى فى يديه الدار فلم يظفر بشئ كان له أن يرجع على المدعى بالعبد أو بقيمته ان كان هلك عنده لان العقد ينفسخ بينهما لتعذر تسليم المعقود عليه بزعمهما ولو أن رجلين ادعيا دارا فى يدى رجل وقالا ورثناها عن أبينا وجحدهما الرجل ثم صالح احدهما عن حصته من هذه الدعوى على مائة درهم فأراد شريكه أن يشركه فى هذه المائة لم يكن له ذلك لان الملك لو كان ظاهرا لهما فى الدار فباع أحدهما نصيبه لم يكن للآخر أن يشاركه فى ثمنه فكذلك اذا صالح احدهما من نصيبه مع انكار ذى اليد وليس للآخر أن يأخذ من الدار شيئا الا أن يقيم البينة لان ذا اليد بقبوله الصلح مع الانكار لايصير مقرا بحق المصالح فيما صالحه عنه فكيف يصير

مقرا بحق غيره فيما لم يقع الصلح عنـه وذكر ابن رستم رحمه الله فى نوادره أن أبا يوسف رحمه الله قال يشاركه وقال محمد رحمه الله لا يشاركه وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان المصالح يزعم انه يأخذ بجهة الميراث عن أبيه ولهذا كان مصروفا الى دين الاب لو ظهر عليـه دين ولا يختص أحد الابنين بشئ من ميراث الأب فللآخر حق المشاركة معـه فى المقبوض باعتبار زعمه ولو صالح أحدهما من جميع دعواهما علي مائة درهم وضمن له تسليم أخيـه فان سلم الأخ ذلك له جاز وأخذ نصف المـائة لان الصلح فى نصيب أخيـه كان موقوفا على اجازته فاذا أجازه جاز ويجعل كأنهما باشرا الصلح فالبـدل بينهما نصفان وان لم يجز فهو على دعواه ورد المصالح على الذى فى يديه الدار نصف المائة لان الصلح قد بطل فى نصيب أخيه برده ولو ادعى دارا فى يدى رجـل فقال هى لي ولاخوتى فأقر ذو اليد بذلك ثم اشترى منه نصيبه لم يكن لاخوته أن يشاركوه فى شئ من الثمن لانه انما يأخذ العوض عن نصيبه خاصة وأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا وبين الصلح فيقول هنا بقية الورثة يتمكنون من أخـذ نصيبهم من الميراث أو أخـذ العوض عنه بالبيع فالقول بقطع الشركة لا يؤدى الي تخصيص بعض الورثة فى بدل شي من الميراث بخلاف الصلح على ماقررنا ولو ادعى دارا فى يدى رجل فاصطلحا فيها على أن يسكنها ذو اليد سـنة ثم يدفعها الى المدعي فهذا جائز بمنزلة مالو اصطلحا على أن يسكنها المدعى سنة ولم يسلمها لذي اليد وهـذا فى جانب المدعى ظاهر لانه يزعم أن رقبتها ومنفعتها له فهو بهذا الصلح يبطل ملكه عن رقبتها ويبقى ملكه فى مقـدار ماشرط لنفسه من المنفعة فانما يستوفى ذلك بحكم ملكه وذلك جائز وكذلك ان كان يستوفيها بحكم عقد الصلح كما لو صالحه على سكنى دار أخرى سنة وأما فى جانب المدعى عليه ففيه بعض اشكال لانه يزعم ان رقبتها ومنفعتها له وانه يملكها من المدعى بعد سـنة والتمليك لا يحتمل التعليق بالشرط ولا الاضافة ولكنا نقول هذا الصلح مبنى على زعم المدعى وفى زعمه أنه يعيرها من ذى اليد سنة ثم يأخذها منه والمدعى عليه يجعل مملكا رقبتها منه فى الحال مبقيا منفعتها سنة على ملكه وهو انما يستوفى بحكم ملكه وذلك جائز (ألا ترى) أن من أوصى لغيره بسكنى داره سنة ثم مات صارت الدار لورثته وبقيت السكنى على حكم ملك الموصى يستوفيها الموصي له باخلائها له وكذلك لو باع الدار المؤجرة والمشترى يعلم بالاجارة فانه يملك رقبتها وتبقى منفعتها على حق البائع حتى يتملكها المستأجر عليه بالاستيفاء ويكون الاجر للبائع فهذا مثله وان كان

للمدعى فيها شركاء لم يجز صلحه عليهم وهم علي حجتهم فى اثبات أنصبائهم لانه لا ولاية للمدعى عليه علي شركاء المدعى لتملك انصبائهم منه وكذلك لو كان هذا الصلح في أرضه على أن يزرعها ذو اليد خمس سنين علي أن رقبتها للمدعى فهو جائز لما قلنا، ولو اشترى دارا فاتخذها مسجدا ثم ادعى رجل فيها دعوى فصالحه الذى بنى المسجد والذين بين أظهرهم المسجد فهو جائز لانهم ينتفعون بهذا الصلح ولو صالحه من لا ينتفع به كالفضولى والتزم المال كان الصلح جائزا فاذا صالحه من ينتفع به كان الى الجواز أقرب وكذلك لو باع الدار أو وهبها لابن صغير أو جعلها مقبرة أو غيرها عن حالها ثم صالح عنها المدعى فهو فيما يلتزم من المال بالصلح لا يكون دون فضولي فيجوز ذلك منه واذا أنكر المدعى عليه دعوى المدعى بعد الاقرار ثم صالحه جاز الصلح لانه لا معتبر بانكاره بعد الاقرار فهذا صلح على الاقرار وهو جائز بالاتفاق وان أنكر فى الابتداء وصالح ثم أقر أنه كان محقا فى دعواه فالصلح ماض وهو آثم بالجحود لكونه كاذبا فيه ظالما ولكن الصلح من المدعى اسقاط لحقه بعوض وقد بينا أن جحود الخصم لا يمنع صحة الاسقاط من المسقط بغير عوض (ألا ترى) أن الطالب لو أبرأ المديون وهو جاحد للدين كان ابراؤه صحيحا فكذلك جحوده لا يمنع صحة الاسقاط بعوض وهذا لان الاسقاط تصرف من المسقط فى حقه (ألا ترى) ان انكار المرأة للنكاح لا يمنع صحة الطلاق من الزوج بعوض كان أو بغير عوض وكذلك انكار القاتل لا يمنع صحة العفو من الولي لهذا المعنى ولو ادعى دارا فى يد رجل فصالحه منها علي خدمة عبد سنة ثم أعتقه صاحبه جاز عتقه لان العبد باق علي ملكه وان صارت خدمته للمدعى واعتاقه فى ملك نصيبه نافذ كالوارث اذا أعتق العبد الموصى بخدمته نفذ وكان صاحب الخدمة علي حقه لان خدمته صارت مستحقة له بعقد لازم والعتق لا ينافى بقاءها ولو أعتقه المدعى لم ينفذ عتقه لانه مالك للخدمة ونفوذ العتق باعتبار ملك الرقبة وهو من رقبته كأجنبي آخر فلا ينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملك ابن آدم ولو أن رب العبد باعه لم يجز بيعه لانه عاجز عن تسليمه فلا ينفذ بيعه فيه لحق صاحب الخدمة كالآجر اذا باع العبد المؤجر أو الوارث اذا باع العبد الموصى بخدمته أو الراهن اذا باع المرهون ولصاحب الخدمة أن يؤجره للخدمة لما بينا أنه ملك خدمته بعقد معاوضة فهو كالمستأجر يملك أن يؤاجر قال وله أن يخرج بالعبد من المصر الى أهله وقد ذكرنا فى كتاب الاجارات أن من استأجر

عبدا ليخدمه فليس له أن يسافر به (قال رضي الله عنه) وكان شيخنا رحمه الله يقول تأويل
ماقال فى كتاب الصلح ان أهل المدعي اذا كانوا فى بعض القرى القريبةمن المصر والمدعى
عليه يعلم ذلك أوكان هو على جناح السفر والرجوع الى أهله وقد علم ذلك المدعى عليه
فحينئذ يكون هو راضيا باخراجه العبد الى أهله لان الانسان انما يستخدم العبد فى أهله
وتأويل ما قال فى كتاب الاجارات انه اذا لم يكن ذلك معلوما للآجر عند عقد الاجارة
فلا يكون راضيا باخراج العبد وتكليفه خدمة السفر لان الخدمة فى السفر أشق منها فى
الحضر (قال رحمه الله) والذى يتراءى لى من الفرق بين الفصلين ان فى باب الاجارة مؤنة
الرد على الآجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة فى النقل كانت له من حيث انه يقر حقه فى
الاجر والمستأجر اذا سافر بالعبد فهو يريد أن يلزم المؤاجر مالم يلزمه من مؤنة الرد فأماهنا
فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه لانه زعم انه يملك الخدمة بغيرشئ فهو كالموصي له بالخدمة
فان مؤنة الرد عليه دون الوارث فالمدعى هنا باخراجه الى أهله يلتزم مؤنة الرد لاان يلزم
المدعي عليه شيئا فلهذا كان يخرجه ولو ادعى رجل فى حائط رجل موضع جذوع أو ادعي
فى داره طريقا أو مسيل ماء فجحده ثم صالحه على دراهم معلومة جاز لان المصالح عليه معلوم
وجهالة المصالح عنه لاتمنع صحة الصلح فان تسلمه بالصلح لا يصير مستحقا ولو ادعي رجل
حقا فصالحه من ذلك على طريق فى داره أو على مسيل ماء أو على أن يضع على حائط من
داره جذعا فالصلح على الطريق جائز لان المصالح عليه اذا كان عينا فهو كالمبيع وبيع الطريق
جائز لان المصالح عليه اذا كان مما لا يقع فيه منازعة يجوز وبيع المسيل لايجوز لانه مجهول فان
كان مسيل ماء الميزاب فذلك يختلف بقلة المطر وكثرته والضرر بحسبه يختلف وان كان مسيل
ماء الوضوء فذلك يختلف أيضا بقلة الحاجة اليه وكثرتها فكذلك بيع موضع الجذع من
الحائط لايجوز للجهالة فاستئجار الحائط لوضع الجذع عليه لايجوز أيضا وقد بينا أن من
لايستحق بالبيع والاجارة فالصلح عليه لايجوز ولو صالحه على شرب نهر شهرا لم يجز لان
بيع الشرب بدون الارض جائز فكذلك الصلح عليه لان ماهو المقصود يختلف بقلة الماء
وكثرته وجريان أصل الماء فى النهر على خطر ومقداره غير معلوم ولو صالحه على ان يسيل
ماء فيها لم يجز لان مقدار ذلك لايستحق بالاجارة فكذلك لا يستحق بالصلح عليه بخلاف
ما اذا صالحه على عشر نهر بأرضه أو على عشر بئر أو عين فالمصالح عليه هنا جزء معلوم رقبة

النهر واستحقاقه بالبيع جائز فكذلك بالصلح عليه وكذلك لو ادعى عشر نهر أو بئر فصالحه منها علي مال معلوم فهذا الى الجواز أقرب ولو ادعى في دار في يد رجل دعوى فصالحه من ذلك علي عبد ومائة درهم وقيمة العبد مائة درهم ثم استحق العبد رجع في نصف دعواه لأنه لو استحق جميع ما وقع الصلح عليه بطل الصلح في الكل وعاد على رأس الدعوى فكذلك اذا استحق نصف ما وقع الصلح عليه وان كان الذي في يديه الدار أخذ من المدعي ثوبا رجع المدعي في نصف الدعوي ونصف الثوب لان من جانب المدعي شيئين المدعى وهو مجهول والثوب وهو معلوم والمعلوم اذا ضم الى المجهول فلا طريق الى الانقسام سوى المناصفة والمدعى عليه بدل المائة والعبد فكان بازاء العبد نصف الثوب ونصف المدعى بازاء المائة فكذلك عند استحقاق العبد يرجع المدعي بما يقابله وهو نصف الدعوى ونصف الثوب ولو كان استحق الثوب رجع الذي في يديه الدار بحصة الثوب من قيمة العبد والدراهم ثم ينظر كم ادعى من الدار فيعود ذلك ان كان معلوما ويقوم الثوب فان كانت قيمتهما سواء رجع بنصف العبد ونصف المائة لان الثوب والمدعى من جانب المدعي فيتوزع عليهما المائة والعبد فاذا استوفى القيمة كان بمقابلة الثوب ونصف المائة وقد استحق الثوب فيرجع بما يقابله وان اختلفا في قدر الحق في الدار فقال الطالب كان لي نصف الدار وقال المدعى عليه بل كان لك عشرها فالقول قول الذي الدار في يديه مع يمينه لانكاره الزيادة وأصل المدعي وهو الدار والصلح كان باعتباره فاذا وقعت الحاجة الى معرفة مقداره كان القول قول المنكر مع الزيادة (ألا ترى) أنه لو باع من رجل طعاما بمائة درهم ودفعها وقبض الطعام ثم وجد به عيبا فرده فقال البائع كان طعامي الذي بعتك كر حنطة وقال الرجل كان نصف كر فالقول قول المشترى مع يمينه ومعنى هذا الاستشهاد أن الصلح علي الانكار مبني علي زعم المدعي وفي زعمه أن المدعى عليه اشترى منه نصيبه من الدار بما أعطاه من بدل الصلح فاذا وقع الاختلاف في مقدار المشترى جعل القول قول المشترى كما في مسئلة الطعام وكذلك لو اشترى شقصا في دار بعبد فاستحق العبد فقال الذي قبض الشقص كان المبيع ثلث الدار وكان للآخر نصف الدار فالقول قول الذي في يديه الدار لان الاختلاف بينهما في مقدار المشترى فالحاصل أن المشترى قابض للمشترى بالعقد ومتى وقع الاختلاف في مقدار المقبوض يجعل القول قول القابض لانه لو أنكر القبض أصلا كان القول قوله فكذلك اذا أنكر قبض

الزيادة ولو كانت دار فى أيدى ثلاثة نفرفى يد كل واحد منهم منزل منها وساحتها على حالها
واختصموا فيها فلكل واحد منهم مافى يده والساحة بينهم أثلاثا لان ما في يد كل واحد منهم
الظاهر يشهد له والبناء على الظاهر واجب ما لم يتبين خلافه وحقهم في الساحة على السواء
لان كل واحد منهم مستعمل للساحة فى حوائجه وللاستعمال يد فلهذا قضي بالساحة بينهم
أثلاثا فان اصطلحوا قبل أن يقضى بينهم على أن لفلان نصف الساحة وكل واحد من الآخرين
ربعها فهو جائز لانه صلح عن تراض فيما لا يتمكن فيه معنى الربا فيجوز كيفما اتفقوا عليه وكذلك
ان اشترط أحدهم لنفسه نصف المنزل الذى فى يد صاحبه جاز لان ذا اليد يصير مملكا
نصف منزله منه بعوض معلوم وذلك صحيح قل العوض أو كثر ولو كانت الدار فى يد رجل
منها منزل وفى يد آخر منزل وقال أحدهما الدار بيني وبينك نصفان وقال الآخر بل هى
كلها لى فللذى ادعى جميعها مافى يده ونصف ما في يد صاحبه والساحة بينهما نصفين لان
صاحبه يدعي النصف من جميع الدار شائعا فيكون مدعيا نصف كل جزء بعينه من الدار
والقول للذى فى يده جزء معين منها فهو يدعى نصف ذلك ولا مدعى للنصف الآخر
سوى من يدعى جميعها ولا منازع له في ذلك فيأخذ نصف مافى يده والساحة كذلك موضع
معين منها في يد كل واحد منهما نصفه شائعا فمدعى النصف مدع جميع مافي يده من الساحة
فالقول في ذلك قوله فلهذا كانت الساحة بينهما نصفين والمنزل الذي فى يد مدعي الجميع صاحبه
يدعى نصفه ولا يستحق ما فى يد الغير بمجرد الدعوى ما لم يقم البينة وذو اليد يدعى جميع
ذلك المنزل فلهذا كان له جميع مافى يده فان اصطلحوا قبل القضاء على أن تكون الدار بينهما
نصفين أو على الثلث والثلثين فهو جائز لوقوع الاتفاق والتراضي على شئ معلوم وكذلك
لو اصطلحوا بعد القضاء فهو جائز بطريق التمليك من كل واحد منهما من صاحبه بعد ما
قضى له به بعوض ولو كان أحدهما نازلا فى منزل من الدار والآخر فى علو ذلك المنزل
وادعى كل واحد منهما جميعها فلكل واحد منهما ما فى يده والساحة بينهما نصفان لان العلو
مسكن على حدة كالسفل فهما كبيتين من الدار أحدهما متصل بالآخر وقد بينا فى البيتين
والمنزلين ان لكل واحد منهما مافى يده والساحة بينهما نصفان لثبوت يدهما عليها بالاستعمال
ولا يقال الساحة أرض من جنس حق صاحب السفل فينبغى أن يكون هو أولى بها لان
ثبوت اليد لا تكون بالمجانسة بل بالاستعمال وصاحب العلو مستعمل لها كصاحب السفل فان

اصطلحا قبل القضاء أو بعده على أن لصاحب السفل العلو ونصف الساحة ولصاحب العلو السفل ونصف الساحة جاز لوجود المبادلة بينهما فى العلو والسفل بالتراضى والساحة بينهما نصفان كما هو قضية الحكم واذا كان الحائط بين دارى رجلين وكل واحد منهما يدعى أنه له ولكل واحد منهما عليه جذوع وجذوع أحدهما أكثر من جذوع الآخر كان للآخر أن يزيد فى جذوعه حتى تكون جذوعه مثل جذوع صاحبه لان يد كل واحد منهما ثابتة على الحائط وانه مستعمل له بوضع حمل مقصود عليه يبنى الحائط لأجله فان الحائط تبنى لوضع ثلاثة جذوع عليه كما يبنى لوضع عشرة من الجذوع عليه فكان الحائط بينهما نصفين لاستوائهما فى اليد عليه ولأحد الشريكين أن لا يسوى نفسه بصاحبه فى الانتفاع بالملك المشترى وللمساواة هنا طريقان اما رفع فضل جذوع صاحبه أو بأن يزيد فى جذوعه والرفع غير ممكن بهذا النوع من الظاهر لان الظاهر حجة لدفع الاستحقاق على الغير وكان له أن يزيد فى جذوعه حتى تكون جذوعه مثل جذوع صاحبه ولكن هذا اذا كان الحائط يحتمل ذلك فان كان لا يحتمل فالوضع يكون بمنزلة هدم الحائط وليس له أن يهدم الحائط المشترك وقد تقدم بيان هذه الفصول وما فيها من اختلاف الروايات فى كتاب الدعوى والاقرار وليس لواحد منهما أن يبنى على هذا الحائط ويفتح فيه كوة وجمعه كوى ولا بابا لان أصل الحائط مشترك بينهما وفتح الباب والكوة يكون رفعا لبعض الحائط وهو لا يتمكن من أن يرفع جميع الحائط بغير رضا صاحبه فكذلك لا يتمكن من رفع البعض وهذا لان فتح الباب والكوة يوهن البناء ويظهر أثر ذلك فى الثانى ان كان لا يظهر فى الحال ولا كذلك بناء الحائط عليه لان فيه وضع حمل زائد على حائط مشترك وفيه ضرر على الحائط لا محالة ولو أراد أن يبنى فى حائط ساحة مشتركة لم يملك ذلك بغير اذن صاحبه فهذا أولى ولو اصطلحا على أن يكون الحائط بأصله لأحدهما وعلى أن يكون للآخر موضع جذوعه وعلى أن يبنى عليه حائطا مسمى معروفا يحمل عليه جذوع علو مسمى فهو باطل لانه انما يستحق بالصلح ما يجوز استحقاقه بالبيع أو الاجارة ومثل هذا لا يصير مستحقا بالبيع والاجارة لمعنى الجهالة على ما قررنا فكذلك لا يجوز أن يقع عليه الصلح واذا اختصما فى حائط وكان مخوفا فاصطلحا على أن يهدماه أو على أن يبنياه على أن لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثيه فالنفقة عليهما على قدر ذلك وعلى أن يحملا عليه من الجذوع قدر ذلك فهو جائز لانهما تراضيا على

ماهو معلوم فى نصيبه على ما يجوز أن يكون مبيعا فكذلك الصلح عليه ولو كان بيت فى يد رجل له سطح فادعى رجل فيه دعوى فاصطلحا على أن يكون البيت لأحدهما ويكون سطحه للآخر فهذا لايجوز اذسطحه لابناء عليه وبيعه لا يجوز فانه بيع الهواء فكذلك لايجوز الصلح عليه وقد ذكرنا قبل هذا انه لو صالح على أن يبيت على سطح سنة فهو جائز فمن حمل ذلك الجواب على سطح محجر فهو لا يحتاج الي الفرق بين الفصلين والفرق أن هناك المصالح عليه السطح دون المنفعة فاذا لم يكن عليه بناء فهو عبارة عن الهواء وهو لا يملك بالصلح كالا يملك بالبيع ولو كان عليه بناء أو حجزة فاصطلحا على أن يكون لأحدهما علوه وللآخر سفله جاز لان كل واحد من البيتين يجوز استحقاقه بالبيع فكذلك بالصلح عليه ولو كانت دار فى يد قوم فى يد كل واحد منهم ناحية منها فاختصموا في درج فيها معقود بازج سفلها وهو فى يد أحدهما وظهر الدرج طريق للآخر الى منزله فانه يقضى بالدرج كلها لصاحب السفل لان الظاهر شاهد له فانها فى يده غير ان لصاحب العلو طريقا عليها على حاله لان صاحب اليد بالظاهر يدفع الاستحقاق ولا يستحق ابتداء وقد عرفنا طريق صاحب العلو على هذا الدرج فلا يكون له أن يمنعه طريقه بالظاهر كما لو كان لانسان حائط وللآخر عليه جذوع فان كان متصلا ببناء أحدهما اتصال وضع فاختلفا فيه فالحائط لصاحب الاتصال ولكن تترك جذوع الآخر على حالها لانه بالظاهر لايستحق رفع جذوع الآخر ولو كان روشن على رأس هذه الدرجة منهم من يقول روشنى وهو على منزل صاحب السفل وهو طريق لصاحب العلو وعرف ذلك فاختصموا فيه فالروشن كله لصاحب العلو لا السفل لانه بمنزلة سقف منزله فيكون فى يده ولكن صاحب العلو المحجر عليه على حاله لما بينا أن بالظاهر لايمنعه الممر الذى كان معروفا له ولو كان بيت سفل فى يد رجل وبيت علو عليه فى يد آخر فسقف السفل وهواديه وجذوعه وبواريه كله لصاحب السفل لان صاحب السفل مستحق للبيت والبيت انما يكون بيتا بسقف والظاهر أن الذى يبنى البيت يجعله مسقفا ولصاحب العلو سكناه فى ذلك كله لانه بالظاهر لا يمنعه ما كان معلوما بالسكنى فكذلك الدرج والروشن ولو اصطلحا على أن يكون الدرج والروشن بينهما نصفين جاز ذلك قبل القضاء وبعده لتراضيهما عليه ولو أن بيتا فى يد رجل وفوقه بيت فى يد آخر وكل واحد منهما مقر لصاحبه بما فى يده فوهى البنيانان جميعا فاصطلحا على أن ينقض كل واحد بيته على

مثل ما كان عليه فهو جائز لأنهما اصطلحا على ما يوافق الشرع فان على كل واحد منهما اصلاح ملكه شرعا ويؤمر صاحب السفل بالبناء هنا لانه هدم بناء السفل ولو هدمه بغير شرط أجبر على بنائه لحق صاحب العلو فاذا كان عن شرط فهو أولى بخلاف ماإذا سقط بناء السفل فانه لايجبر صاحب السفل على بنائه لانه يلحقه فيه مؤنة لم يرض بالتزامها ولكن يبنى صاحب العلو السفل ثم يبنى عليه علوه ولا يسكنه صاحب السفل حتى يؤدى اليه قيمة البناء وقد بينا هذا فى الدعوى واذا كان لرجل نخلة فى ملكه فخرج سعفها الى ملك غيره فأراد الآخر قطع سعفها فله ذلك لانه شاغل لهواء ملكه وكان له أن يطالبه بالتفريغ فهذا مثله الا أنه انما يتمكن من قطعه اذا كان لايتمكن صاحب النخلة من أن يجوز الى هواء ملكه فان كان يتمكن من ذلك امره به لان مقصوده تفريغ هواء ملكه وذلك يحصل بهذا الطريق فليس له أن يلحق الضرر لصاحب النخلة فى قطع سعفها فان صالحه رب النخلة على أن يترك السعف على دراهم مسماة لم يجز لان هذا لايجوز استحقاقه من هواء ملك الغير بالبيع والاجارة فكذلك لايجوز استحقاقه بالصلح وهذا لانه تمليك جزء من الهواء بعوض وهو غير معلوم فى نفسه اذ أن السعف يطول بمضى الوقت . ولو أن نهرا بين قوم فاصطلحوا على كريه أو بوضع مشاة أو قنطرة عليه على أن يكون النفقة عليهم بحصصهم فهذا جائز كله عليهم لانهم يجبرون على ذلك لو لم يصطلحوا اذا كان فيه ضرر عام فان رفع الضرر واجب فاذا اصطلحوا كان الى الجواز أقرب فان كان بحيث لايضرهم تركها فى القنطرة والمشاة لايجبرون على ذلك لانه تدبير فى الملك وهو مفوض الى رأى الملاك وانما يجبرون على ازالة الضرر العام فما ليس فيه ضرر عام لا يجبرون عليه وأما الكرى فانى أجبر عليه لان في تركه ضررا عاما فان للناس فى النهر حق السقى فيتضررون بانقطاع ذلك عنهم ولا يصل اليهم ملك المنفعة الا بالكرى وللامام أن يجبر الشركاء فيه على الكرى وتمام هذا فى كتاب الشرب . ولو ادعى زرعا فى أرض رجل فصالحه من ذلك الزرع على دراهم فهو جائز لانه صلح على الانكار وقد بينا أن المدعي بنفس الدعوى صار حقا للمدعى فى جواز الاعتياض عنه ولم يعارضه المدعي عليه بانكاره فلا يبطل عليه هذا الحق بمعارضته اياه بانكاره لان ذلك ليس بحجة في حق المدعى فى ابطال حقه وكذلك لو ادعى نصفه وان كان بيع نصف الزرع قبل الافراك يجوز لان امتناع جواز البيع لما على البائع من الضرر في التسليم وهذا لايوجد هنا ولان النصف

الا خر من الزرع لصاحب الارض وبيع نصف الزرع من شريكه قبل الادراك جائز ولو
كانت أرض لرجلين فيها زرع لهما فادعاه رجل فجحداه ثم صالحه أحدهما على ان أعطاه
مائة درهم على أن يسلم نصف الزرع للمدعى لم يجز لان المدعي عليه يصير مملكا نصف
الزرع قبل الادراك من غير شريكه بعوض وذلك لايجوز ولان نصف الزرع والارض
للذي هما في يديه فلو جوزنا هذا الصلح صار نصف الزرع للمصالح فيجبر على قلعه وتفريغ
أرض الآخر منه ولا يتأتى ذلك الا بقلع الكل وفيه من الضرر على الآخر مالا يخفى
وكذلك هذا فى البيع وكذلك النخل والشجر اذا كان مشتركا بين اثنين فباع أحدهما نصيبه
من غير شريكه لم يجز ذلك وقد بينا هذا فى البناء فى كتاب الشفعة فهو مثله فى النخل والشجر
ولو ادعى رجل سقفا فى دار فى يد رجل فصالحه منه على سكنى بيت من هذه الدار معلوم
عشر سنين فهو جائز لان ماوقع عليه الصلح منفعة معلومة ببيان المدة فان أجره من الذى
صالحه جاز فى قول أبي يوسف رحمه الله ولم يجز فى قول محمد رحمه الله وهذا بناء على الفصل
المتقدم ان عند محمد رحمه الله استحقاق هذه المنفعة بالصلح كاستحقاقها بالاجارة ولهذا قال
يبطل الصلح بموت أحدهما كما تبطل الاجارة ثم المستأجر اذا أجر المؤجر من الآجر لايجوز
فكذلك هنا اذا أجره من الذى صالحه لايجوز وعند أبي يوسف رحمه الله استحقاقه هذه
المنفعة باعتبار ملكه بناء على زعمه لاباعتبار العقد فكما يملك الاعتياض عنه مع غير الذى
صالحه بالاجارة منه فكذلك يملك مع الذى صالحه ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله ان وارثه
يخلفه بعد موته فى استيفاء هذه المنفعة ولا يبطل الصلح بموت أحدهما ثم على قول محمد رحمه الله
اذا استأجر الذي كان في يديه فكان عنده حتى مضي الاجل لم تجب عليه الاجرة ولكن
يبطل الصلح ويعود المدعى على دعواه لفوات المعقود عليه فى ضمانه قال ولو باع هذا السكنى
بيعا من رجل لم يجز بيع السكنى وهذا فصل مشترك فان لفظ البيع يملك به الرقبة وملك
الرقبة سبب لملك المنفعة فكان ينبغى أن يجوز استعارة لفظ البيع لتمليك المنفعة به مجازا كما انه
يجوز النكاح بلفظ الهبة والبيع بهذا الطريق وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان تأويل هذه
المسئلة فيما اذا أطلق البيع فى السكنى وبين المدة وانما يفسد لترك بيان المدة كما لو صرح بلفظ
الاجارة (قال رحمه الله) والاصح عندى أن الجواب مطلق على ماقال فى الكتاب وانما

امتنع جواز بيع السكنى لانعدام المحل لا لفساد الاستعارة فالمنفعة معدومة فى الحال وايجادها
ليس فى مقدور البشر والمعدوم لا يكون محلا لاضافة العقد اليه فالشرع أقام الموجود وهو الدار
المنتفع بها مقام المنفعة في جواز اضافة عقد الاجارة اليها فأما لفظ البيع ان أضيف الى الدار
فهو تمليك لعينها وان أضيف الى المنفعة فالمعدوم لا يكون محلا لاضافة العقد اليه سواء كانت
الاضافة بلفظ الاجارة أو بلفظ البيع حتى لو قال الحر لرجل بعتك نفسي شهرا بكذا لعمل
فهذه اجارة صحيحة قال فكذلك لو صالحه الذى كانت الدار فى يده من هذه السكنى على
دراهم فهو جائز لانه لو صالحه فى الابتداء على الدراهم يجوز فكذلك اذا صالحه على سكنى
معلومة ثم منها على دراهم وهذا على أصل أبي يوسف رحمه الله ظاهر لانه لو استأجره منه
بدراهم جاز فكذلك اذا صالحه ومحمد رحمه الله يقول الصلح يمكن تصحيحه بطريق اسقاط
الحق فأما الاجارة فلا يمكن تصحيحها الا بطريق التمليك واذا كان تملك هو عليه المنفعة
بجهة المعاوضة فيملك أن يملكه منه بمثل تلك الجهة وكذلك لو صالحه من الدراهم على دنانير
وقبضها فهو جائز لان المصالح عليه اذا كان نقدا فهو كالثمن والاستبدال بالثمن قبل القبض
جائز لكن بشرط قبض الدنانير قبل الافتراق لان النقد صرف ولانه لو فارقه قبل القبض
كان افتراقا عن دين بدين ولو قبض البعض ثم تفرقا جاز بمقدار ماقبض ويرجع بحصة
مابقى من الدراهم اعتبارا للبعض بالكل قال والاقرار من المدعى للذى فى يديه الشئ به على
وجه الصلح لا يمنعه من الدعوى اذا بطل الصلح بوجه من الوجوه لما بينا أن الاقرار ان
ثبت فانما يثبت ضمنا للصلح وما يثبت ضمنا للشئ يبقى ببقائه ويبطل ببطلانه كالوصية بالمحاباة
فى ضمن البيع والاقرار به من الذى هو فى يديه عند الصلح للمدعي يوجب رده عليه اذا
بطل الصلح لانه اقرار مقصود وكان يجب العمل به قبل تمام الصلح فكذلك بعد بطلان
الصلح قال وكل شئ وقع الصلح عليه مما لو استحق رجع بقيمته فله أن يبيعه قبل أن يقبضه
بمنزلة الصداق وبدل الخلع والصلح عن دم العمد لانه لم يبق فى الملك المطلق للتصرف
عذر يمكن التحرز عنه فان ملكه لا يبطل بالهلاك ولكن يتحول الي القيمة وكل شئ يرجع
فيه على دعواه فليس له أن يبيعه قبل القبض لبقاء الغرر فى الملك المطلق للتصرف كما
فى البيع وفى العقار الخلاف معروف في جواز البيع قبل القبض وقد بيناه فى البيوع
فكذلك اذا وقع الصلح عليه ولو فى ادعى دارا فى يدى رجل حقا فصالحه من ذلك على

عبدين فدفع اليه أحدهما ومات الآخر فى يده فالمدعى بالخيار ان شاء رد العبد الذى قبضه وعاد فى دعواه وان شاء أمسك ورجع فى حصة العبد الميت لان الصفقة تفرقت عليه قبل القبض والتمام فان تمام الصفقة بقبضها وقد بينا أن الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى وهو كما لو اشترى عبدين فهلك أحدهما قبل القبض . ولو كان ادعى فى أرض حقا فصالحه منها على أرض أخرى باقرار فغرقت الارض التى وقع الصلح عليها فان شاء المدعى رضى بها وان شاء تركها ان كان قد نقصها الغرق لان ما وقع عليه الصلح بمنزلة المبيع وقد تعيب قبل التسليم فان غرقت الارض التى كان ادعى فيها قبل أن يصل اليها المصالح ونقصها الغرق فهو بالخيار أيضا لان الصلح على الاقرار محض معاوضة فكان المدعى عليه مشتر للمدعى به وقد تعيب قبل القبض فله الخيار وان كان الصلح وقع على الانكار لم يكن له فيها خيار لان فى زعم المدعى ان المدعي عليه غاصب بجحوده وانه بالصلح كالمشترى فصار قابضا بنفس الشراء وانما تعيب بعد ذلك . ولو ادعى سكنى فى دار وصية من رب الدار فجحده أو أقر به ثم صالحه منه على شئ جاز وان كان الموصى له بالسكنى لا يؤاجر لان تصحيح الصلح بطريق اسقاط الحق بعوض ممكن والاصل فيه أن الصلح صحيح بطريق المعاوضة ان أمكن وان تعذر ذلك تصحح بطريق الاسقاط كما لو صالح من الألف على خمسمائة وكذلك لو صالحه على سكنى دار أخرى فانه يصح هذا الصلح بطريق الاسقاط لما تعذر تصحيحه بطريق التمليك فان مبادلة السكنى لا تجوز ولو ادعى دارا فى يد رجل فصالحه منها على دراهم مسماة أو على شئ من الحيوان على أن يزيد الآخر كر حنطة لمدة وليس عنده طعام لم يجز لان ما يقع عليه الصلح مبيع وبيع ماليس عند الانسان لا يجوز قال (ألا ترى) أنه لو باع عبدا بدراهم واشترط للمشترى مع العبد طعاما يعطيه إياه وليس عنده كان البيع فاسدا لهذا المعنى . ولو ادعى فى دار رجل طريقا فصالحه منها على دراهم أو على طريق فى دار أخرى كان جائزا بعد أن يبين أن الطريق بمنزلة البيع ولو كان له باب فى غرفة أو كوة وآذاه جاره وخاصمه فافتدى من خصومته بدراهم وصالحه عليها فالصلح باطل وله أن يترك بابه وكوته على حالها قال لانهما فى غير ملك أحد ومعنى هذا أن الباب والكوة يكون برفع بعض الحائط والحائط خالص ملكه ولو رفعه كله لم يكن لجاره أن يمنعه من ذلك فكذلك اذا رفع بعضه وبهذا يتبين ان الجار ظالم له مدع بالباطل وانه أخذ منه ما لا ليكف عن ظلمه وذلك حرام فلهذا لزمه

رده والله أعلم بالصواب

باب الصلح فى الشفعة

(قال رحمه الله) قد ذكرنا فى كتاب الشفعة ان صلح الشفيع مع المشترى على ثلاثة أوجه فى وجه يصح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفى وجه لا يصح ولا تبطل شفعته وهو أن يصالح على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن لان حصته مجهولة ولا تبطل شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح وفى وجه تبطل شفعته ولا يجب المال وهو أن يصالح على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشترى فهنا تبطل شفعته لوجود الاعراض منه عن الاخذ بالشفعة ولا يجب المال لان ملك المشترى فى الدار لا يتغير بهذا الصلح بل يبقى على ما كان قبل الصلح وترك الشفعة ليس بمال ولا يؤول مالا بحال فالاعتياض عنه بالمال لا يجوز بخلاف القصاص فان نفس القاتل كانت مباحة فى حق من له القصاص وبالصلح تحدث له العصمة في حقه فيجوز أن يلزمه بمقابله ولو صالح المشترى الشفيع على ان اعطاه الدار وزاده الشفيع على الثمن شيئا معلوما فهو جائز لان تسليم الدار بالشفعة بثمن بغير قضاء يكون بيعا مبتدأ والثمن الذى وقع عليه التراضى معلوم فكأنه باعه منه مرابحة بما سميا من الثمن واذا اختصم فى الشفعة شريك وجار فاصطلحا على أن أخذاها نصفين وسلمها المشتري جاز كما لو باعهامنهما ابتداء واذا اشتري الرجل دارا فخاصمه رجل في شقص منها وطلب الشفعة فيما بقى ثم صالحه المشترى على نصف الدار بنصف الثمن على أن يبرأ من الدعوى فهو جائز بمنزلة البيع المبتدإ فان بيع نصف الدار منه بالثمن ابتداء صحيح وشرط البراءة من الدعوى لا يبطل البيع أما اذا لم يكن مشروطا فتصحيح هذا بعقد ممكن بأن كان للمدعي جزء من هذا النصف فيكون المدعى تاركا للدعوى فيه باقدامه على الشراء ابتداء وقابضا لذلك الشقص بحقه مشتريا لما زاد عليه بما سمي من الثمن أو مصالحا في ذلك الشقص بعوض يؤديه مشتريا فيما زاد عليه ولو ادعى فى دار فى يد رجل حقا أو ادعاها كلها فصالحه على دارهم فلا شفعة للشفيع فيها لان المدعى عليه يزعم أن الدار له على قدم ملكه وزعمه فيما فى يده معتبر فكما لا يتمكن المدعى من أخذ ما فى يده باعتبار زعمه فكذلك الشفيع وقد بينا أن باقدامه على الصلح لا يصير مقرا للمدعى بالدار وانما التزم البدل فداء

ليمينه . وان خاصمه فى الشفعة فسلم له نصف الدار بنصف الثمن الذى صالح عليها المدعى جاز كما لو باعه منه ابتداء ولو اشترى أرضا فسلم الشفيع الشفعة ثم جحد التسليم وخاصمه فصالحه على ان أعطاه نصف الدار بنصف الثمن جاز وهذا والبيع المبتدأ منه سواء وكذلك لو مات الشفيع ثم صالح الورثة المشترى على نصف الدار بنصف الثمن جاز كالبيع المبتدا واذا ادعى الرجل شفعة فى دار فصالحه المشترى على أن يسلم له داراً أخرى بدراهم مسماة على أن يسلم له الشفعة فهذا فاسد لايجوز لانه بائع الدار الأخرى منه وقد شرط فيه تسليم الشفعة وهو شرط ينتفع به أحد المتعاقدين فاذا شرط فى البيع فسد العقد كما لو باعه عبدا بألف درهم على أن يسلم له الشفعة ولو ادعى شفعة فى عبد فصالحه المشترى على أن يسلم نصف العبد بنصف الثمن وهو معلوم عندهما جاز لانه بيع مبتدأ والبيع ينعقد بلفظ التسليم وبفعل التسليم وان لم يكن هناك لفظ كما هو مذهبنا فى انعقاد البيع صحيحا بالتعاطى والله أعلم بالصواب

باب الصلح الفاسد

(قال رحمه الله) واذا ادعى الرجل فى دار حقا فصالحه ذو اليد على عبد الى أجل فالصلح فاسد لان تصحيح الصلح على الانكار بطريق البناء على زعم المدعي وفى زعمه أنه يتملك العبد بغير عينه بعوض هو مال وذلك فاسد فان قيل الحيوان يثبت دينا فى الذمة فى العقود المبنية على التوسع فى البدل كالنكاح والخلع والصلح على الانكار بهذه الصفة قلنا لا كذلك ولكن الحيوان لا يثبت دينا فى الذمة بدلا عما هو مال وانما يثبت بدلا عما ليس بمال (ألا ترى) أن الغرة وجبت شرعا فى جنين الحرة دون جنين الامة وهذا لان مقابلة ماليس بمال بمال لا يثبت ثبوتا صحيحا بل يردد بين الحيوان والقيمة وبمقابلة ماهو مال لا يمكن اثباته بهذه الصفة ثم الصلح على الانكار فى المصالح عليه غير مبنى على التوسع (ألا ترى) انه لا يثبت فى الذمة مع جهالة الصفة وانه يرد بالعيب اليسير والفاحش فكذلك لا يثبت الحيوان فيه دينا فان كان صالحه من حقه فقد أقر له بالحق ولكن لم يبين مقداره فالقول فيه قول المدعى عليه بعد أن يقر بشئ لانكاره الزيادة بمنزلة مالو قال لفلان على حق وان كان صالحه من دعواه لم يكن ذلك اقرارا لان الدعوى قد تكون حقا وقد تكون باطلا (ألا ترى) انه لو قال لفلان على دعوى لا يصير مقرا له بشئ بهذا اللفظ بخلاف قوله لفلان على حق فكذلك

لو صالحه على دراهم مسماة الى الحصاد وما أشبهه لان الصلح فيما يقع عليه الصلح كالبيع
واشتراط هذه الآجال المجهولة مفسد للبيع ولو ادعى رجل في عبد رجل دعوى فصالحه
على غلته شهرا فهذا فاسد بخلاف ما اذا صالحه علي خدمته شهرا لان الخدمة معلومة ببيان
المدة وهي مقدورة التسليم لصاحب العبد فأما الغلة فمجهولة المقدار في نفسها غير مقدورة
التسليم لصاحب العبد لانه ما لم يؤاجره من غيره لا تحصل الغلة له وذلك لا يتم به وحده
وبعد ما أجره لا تجب الغلة الا بسلامة العبد في الشهر ولعله يمرض أو يموت فلهذا بطل
الصلح وكذلك الصلح على غلة الدار وثمرة النخل فاسد لانه مجهول وهو على خطر الوجود
بخلاف الوصية فانها أخت الميراث فمثل هذه الجهالة لا تمنع صحتها أما الصلح فهو بمنزلة البيع
والاجارة فيما يقع الصلح عليه ومثل هذه الجهالة تمنع الاستحقاق بالبيع والاجارة وعلى هذا
لو صالح من دعواه على شرب يوم من هذا النهر في الشهر من غير أن يكون له حق في رقبته
فانه لا يجوز والوصية بمثله تجوز لما قلنا . ولو ادعى قبل رجل ألف درهم دينا فصالحه منها
على عشرة دنانير الى أجل لم يجز مقرا كان أو جاحدا أما اذا كان مقرا فلان هذا صرف
بالنسيئة وكذلك لو صالحه منها على طعام موصوف مؤجل أو غير مؤجل وفارقه قبل
القبض فهو باطل لانه دين بدين والدين بعد المجلس حرام لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن
الكالئ بالكالئ وكذلك لو صالحه من غيره فهو في هذا المعنى وصلح المدعي عليه سواء
ولو ادعى عليه ألف درهم سودا فصالحه منها بعد الانكار على ألف درهم بخية الى سنة لم
يجز لان البخية لها فضل فالبخية الجياد التي هي نقد بيت المال سميت بذلك لانه يقال لمن
يتملكها بخ بخ ثم جعل هذا الفضل عوضا عن الاجل ومعاوضة المال بالاجل لا يجوز وفي
نظيره نزل قوله تعالى لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة ولو ادعى عليه بخية فصالحه على سود
مثلها أو أقل حالا أو موجلا فهو جائز لان صاحب الحق هو المحسن اليه من كل وجه حيث
أبرأه عن فضل الجودة ولو أبرأه عن بعض المقدار وأجله فيما بقي جاز أيضا واذا كان الاحسان
كله من جهته لا يتحقق معنى المعاوضة بينهما ولو باع عبدا بألف درهم سود ثم صالحه على
ألف ومائة نبهرجة أو زيوف حالة أو الى أجل كان ذلك باطلا لان ما شرط من زيادة القدر
عوض عن الاجل أو عن صفة الجودة فان الزيوف دون السود في الجودة ومثل هذه المعاوضة
ربا شرعا وكذلك لو صالحه منها على شئ مما يكال أو يوزن بغير عينه لم يجز لان المكيل

والموزون اذا قابلته الدراهم يكون مبيعا وهو بيع ماليس عند الانسان وذلك باطل قبض في المجلس أو لم يقبض ولا يمكن تصحيحه سلما وان ذكر شرائط السلم لان رأس المال دين وعقد السلم برأس مال هو دين لايجوز . ولو كان لرجل قبل رجل ألف درهم غلة فصالحه منها على خمسمائة بخية نقدا ونقدها اياه فهو جائز في قول أبي يوسف رحمه الله الاول باعتبار انه يجعل كل واحد منهما محسنا الى صاحبه بطريق الاسقاط فصاحب الحق أبرأه عن خمسمائة والمديون أعطى مابقي أجود مما عليه وهذا منه احسان في قضاء الدين وذلك مندوب اليه واذا كان المقصود بالصلح قطع المنازعة فاذا أمكن تصحيحه لايجوز ابطاله وهنا تصحيحه بطريق ممكن فلا يحمل على المعاوضة وان تفرقا قبل أن يقبض فله خمسمائة من غلة الكوفة لانه ابراه عما بقي وانما تبقى الخمسمائة في ذمته بالصفة التي كانت قبل الابراء والمجازاة على الاحسان مطلوبة بطريق ولكن غير مستحق دينا ثم رجع فقال الصلح باطل وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانهما صرحا بالمعاوضة فانه أبرأه عن الخمسمائة بشرط أن يسلم له بصفة الجودة فيما بقي ومعاوضة الدراهم بالجودة لايجوز ومع التصريح بالمعاوضة لايمكن حمله على البراءة المبتدأة كما اذا باع درهما بدرهمين لايجعل أحد الدرهمين هبة ليحصل مقصودهما واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فصالحه منها على مائة درهم على أن يبيعه بها هذا الثوب أو على أن يؤاجره بها هذه الدار أو صالحه منها على عبد بعينه على أن يشتريه منه فهذا فاسد لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وقد بينا أن الصلح في معنى البيع واشتراط بيع أو اجارة في البيع يكون مفسدا له وكذلك لو صالحه منها على دار وشرط أن يسكنها الذى عليه الدين سنة أو على عبد وشرط خدمته سنة فهو فاسد لانه شرط الاجل في تسليم العين أو شرط أحد المتعاقدين منفعة لنفسه من ملك صاحبه وذلك مفسد للبيع والاجارة فكذلك يفسد الصلح ولو ادعى رجل في غنم رجل دعوى فصالحه منها على صوفها الذى على ظهرها أن يجزه من ساعته فهو جائز في قول أبي يوسف رحمه الله ولا يجوز في قول محمد رحمه الله لان المصالح عليه اذا كان معينا فهو كالمبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم باطل فكذلك الصلح (ألا ترى) انه لو صالحه على صوف على ظهر شاة أخرى بعينها لم يجز لهذا المعنى وأبو يوسف رحمه الله يقول تصحيح هذا الصلح باعتبار زعم المدعى ممكن لانه يزعم أن الصوف والشاة ملكه وانه يترك للمدعى عليه بعض ملكه ويبقى في الصوف لا ان تملكه ابتداء وذلك

جائز وقد بينا أن الصلح على الانكار مبني على زعم المدعي وان من أصل أبي يوسف رحمه الله انه اذا أمكن تصحيح الصلح بوجه ما يجب تصحيحه لقطع المنازعة بخلاف ما اذا صالحه على صوف على ظهر شاة أخرى ولو صالحه على ألبانها التي في ضروعها أو على ما في بطونها من الولد فهو باطل أما عند محمد رحمه الله فلان هذا بمنزلة البيع وأما عند أبي يوسف رحمه الله فلانه انما يمكن تصحيح هذا الصلح بطريق ابقاء ملكه في بعض العين واللبن في الضرع والولد في البطن ليس بعين مال متقوم ووجوده على خطر فربما يكون انتفاخ البطن والضرع بالريح بخلاف الصوف على ظهر الغنم فهو مال متعين متقوم مملوك فتصحيح الصلح بطريق ابقاء الملك فيه ممكن ولو ادعى في أجمة في يدي رجل حقا فصالحه على أن يسلم صيدها للمدعي سنة فهذا فاسد لانه مجهول ووجوده على خطر وكذلك لو صالحه على ما فيها من الصيد اذا كان ذلك لا يوجد الا بصيد وان كان محظورا لانه غير مملوك لأحد وبيعه لا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ضربة القانص ونهي عمر وابن مسعود رضي الله عنهما عن بيع السمك في الماء واذا كان الصيد محظورا وهو يؤخذ بغير صيد كان الصلح جائزا وله الخيار اذا رآه بمنزلة البيع وقيل تأويله اذا أخذتم السمك في الماء أو دخل الاجمة مع الماء ثم منع من الخروج بسد فوهة الاجمة فيكون ذلك بمنزلة الاخذ الموجب للملك ولكنه غير مرئي فأما اذا دخل الاجمة مع الماء ولم يسد فوهة الاجمة فلا يجوز بيعه لانه لم يصر مملوكا لصاحب الاجمة بالدخول في أجمته ما لم يأخذه . ولو ادعى في عبد دعوى فصالحه من ذلك على مخاتيم دقيق معلومة من دقيق هذه الحنطة أو على ارطال من لحم شاة حية لم يجز لانه لا يجوز بيع شيء من ذلك اما لانه معدوم في الحال أو لانه يحتاج في تسليمه الى نقض البنية وذلك مانع من جواز العقد وكذلك لو صالحه على عبد آبق فان الآبق لا يجوز بيعه لان ماليته تاوية بالاباق وهو غير مقدور التسليم فكذلك الصلح عليه ولو ادعى قبل رجل مائة درهم وكر حنطة سلما فصالحه من ذلك على عشرين دينارا لم يجز اذا كان رأس المال دراهم لان في حصة الحنطة هنا استبدال بالمسلم فيه فيبطل لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك والعقد صفقة واحدة فاذا بطل بعضه بطل كله عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر وأما عندهما فالصلح كذلك وقد بيناه في الكتاب وهذا لان مبنى الصلح على الحط والاغماض والتجوز بدون الحق وربما يكون ذلك في البعض دون البعض فبعد ما بطل في البعض لا يمكن تصحيحه

فيما بقي وان كان رأس المال خمسة دنانير فصالحه منها علي عشرين دينارا خمسة منها رأس مال السلم جاز لان في حق السلم هذا صلح على رأس المال وما وراء ذلك بمقابلة المائة وهو صرف مقبوض في المجلس فيكون جائزا وذكر عن أبي اسحاق الشيباني رحمه الله قال سألت عبد الله بن مغفل وفي رواية معقل عن رجل كان لي عليه عشرة اكرار حنطة فاشتريت بها منه أرضا فقال لي خذ رأس مالك وانما أورد هذا لبيان أن الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز ثم عندنا يبقي عليه طعام السلم بحاله آن الشراء والصلح اذا بطل صار كالمعدوم وكأنه ذهب الي انهما قصدا اسقاط طعام السلم الي عوض فيعتبر قصدهما بحسب الامكان ورد رأس المال متعين لذلك ولكن ما ذكرنا أقوى وعن طاوس رحمه الله قال أسلم رجل الى رجل في حلل دق فأراد أن يعطيه حلل جل كل حلتين بحلة فسأله ابن عباس رضي الله عنهما عن ذلك فكرهه وبه نأخذ فان هذا استبدال بالمسلم فيه لان الثياب من أنواع مختلفة وأجناس مختلفة وعن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما في بطون الانعام وعن بيع ما في ضروعها الا مكيلا يعني الا مكيلا بعد الحلب وعن بيع العبد الآبق وعن بيع ضربة القانص وعن بيع الصدقة حتى تقبض وعن بيع المغنم حتى يقسم وبذلك كله نأخذ فان بيع نصيبه قبل القسمة باطل لانه بيع قبل الملك وكذلك بيع الصدقة قبل القبض وبيع ضربة القانص وبيع العبد الآبق باطل للعجز عن التسليم وبيع ما في بطون الانعام وما في ضروعها باطل للغرر والجهالة وعن محمد بن زيد قال سألت ابن عمر رضى الله عنهما فقلت انى أسلمت الى رجل ألف درهم وقال ان أعطيتني برا فبكذا وان أعطيتني شعيرا فبكذا فقال سم في كل نوع وزنا فان أعطاك فذاك والا فخذ رأس مالك وبه نقول اذ مثل هذه الجهالة والتردد يمنع صحة السلم وانه لا يأخذ بطريق الصلح الا سلمه أو رأس ماله وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه نهى عن بيع اللبن في الضرع والحمل في البطن وان صالحه عن سلمه علي رأس ماله ثم صالحه من رأس المال علي شئ آخر يدا بيد لم يجز ذلك لان حال رب السلم مع المسلم اليه بعد الاقالة كحال المسلم اليه مع رب السلم قبل قبض رأس المال وكما ان الاستبدال برأس المال قبل القبض لا يجوز فكذلك بعد الاقالة قبل الرد الا انهما يفترقان من حيث ان قبض رأس المال واجب في المجلس وبعد الاقالة لا يجب قبض رأس المال في المجلس وكان ذلك بمعنى الدينية فان الدين بالدين حرام أو لمقتضى لفظ السلم فهو أخذ عاجل

بآجل وذلك غير موجود فى الاقالة وليس من ضرورة كونه غير مستحق القبض فى المجلس جواز الاستبدال به كالمسلم فيه وعن زفر رحمه الله الاستبدال بعد الاقالة جائز لانه دين سبب وجوبه القبض فيجوز الاستبدال به كبدل القرض والغصب وهذا هو القياس ولكنا تركناه لما بينا ولقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك فلو جوزنا الاستبدال برأس المال بعد الاقالة كان آخذا غير سلمه وغير رأس ماله وذلك ممتنع شرعا ولو أسلم رجل الى رجل دراهم فى شئ سلما فاسدا وتفرقا كان له أن يأخذ بدراهمه ما بداله يدا بيد لانه دين سبب وجوبه القبض وعقد السلم كان باطلا فى الاصل وانما يلزمه رد المقبوض باعتبار القبض والاستبدال ببدل القرض فان جعله في شئ من الوزن الى أجل مسمى فهو فاسد لانه دين بدين فالمقبوض صار مملوكا له مع فساد العقد بالقبض ومثله صار دينا فى ذمته فالسلم يضاف الى ذلك الدين ولو ادعى عبدا فى يد رجل ثم صالحه منه على دراهم أو دنانير مؤجلة والعبد قائم أو هالك فهو جائز لانه ان كان قائما بعينه فهو بيع العبد بثمن مؤجل فى زعم المدعى وان كان هالكا فالواجب هو القيمة والقيمة دراهم أو دنانير فهذا تأجيل فى بدل المغصوب وذلك جائز وقد بيناه في الصرف وان صالحه على طعام مؤجل جاز ان كان العبد قائما بعينه لان الطعام متى كان دينا بمقابلة العبد يكون ثمنا ولم يجز ان كان هالكا أما عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فظاهر لان الواجب هو القيمة فيكون بائعا ما ليس عنده لان الطعام اذا قوبل بالدارهم والدنانير يكون مبيعا وعند أبى حنيفة رحمه الله ما يقع الصلح عليه يكون بدلا عن العبد علي ما بيناه فى الصلح عن المغصوب الهالك على أكثر من قيمته انه جائز عنده ولكن العبد الهالك فى معنى الدين لان مالا يمكن الوقوف على عينه فهو دين فيكون ذلك دينا بدين فلهذا كان فاسدا ولو لم يكن فيه أجل جاز ان كان بعينه أو بغير عينه فدفعه اليه قبل أن يتفرقا عن عين بدين وذلك جائز وهو دليل لأبى حنيفة رحمه الله فانه لو كان ما يقع عليه الصلح بدلا عن القيمة لم يجز وان قبض فى المجلس اذا كان دينا عند العقد لانه بيع ما ليس عند الانسان وان فارقه قبل أن يقبضه ولم يكن بعينه والعبد هالك بطل لانهما افترقا عن دين بدين وكذلك ان صالحه على ثياب مؤجلة والعبد هالك لم يجز لانه دين بدين وهو فاسد شرعا والله أعلم بالصواب

باب المهايأة

(قال رحمه الله) اعلم بأن القياس يأبى جواز المهايأة لانها مبادلة المنفعة بجنسها وكل واحد من الشريكين فى نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه فى نوبته ولكن تركنا القياس وجوزناه للكتاب والسنة * أما الكتاب فقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذا هو المهايأة * وأما السنة فما روى أن الرجل الذى خطب تلك المرأة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلوات الله عليه ماذا تصدقها قال نصف ازارى هذا قال صلى الله عليه وسلم ماتصنع بازارك ان لبسته لم يكن عليها منه شيء وان لبسته لم يكن عليك شيء وهذا تفسير المهايأة ولان المنافع يجوز استحقاقها بالعقد بعوض وبغير عوض كالاعيان ثم القسمة فى الاعيان المشتركة عند امكان التعديل جائزة فكذلك فى المنافع المشتركة ولهذا يجبر القاضى الشركاء على المهايأة اذا طلب ذلك بعضهم وأبى البعض والذى أبى لم يطلب قسمة العين والاصل أن اختصاص العقد باسم لاختصاصه بحكم يدل عليه معنى ذلك الاسم فقسمة المنافع لما اختصت باسم المهايأة فذلك دليل على اختصاصها بمعنى يدل عليه هذا الاسم وهو أن وصول نصيب أحدهما اليه يسبق وصول نصيب الآخر اليه بخلاف قسمة العين وهذا العقد ليس كالاجارة فى جميع الاحكام لان فى الاجارة يستحق منفعة العين بالعقد وهنا مايستوفيه كل واحد منهما بل يجعل فى الحكم كأنه منفعة ملكه على ما هو موضوع القسمة من العين وكون معنى المعاوضات فيه بيعا وليس فى عين الجارية أيضا لهذا المعنى ولان العارية لا يتعلق بها الاستحقاق ويتعلق بالمهايأة فمن هذا الوجه تشبه الاجارة ولكن الاستحقاق فى المهايأة دون الاستحقاق فى الاجارة على معنى ان هناك لاينفرد أحدهما بالفسخ بغير عذر وهنا يملك أحد الشريكين فسخ المهايأة بطلب القسمة لان الاصل فيما هو المقصود وهو تمييز الملك قسمة العين والمهايأة خلو عنه (ألا ترى) ان فى الابتداء لو طلب أحدهما قسمة العين لم يشتغل القاضى بينهما بالمهايأة فكذلك فى الانتهاء اذا طلب ما هو الاصل وهو قسمة العين لا تستدام المهايأة بينهما ثم العارية والاجارة تبطل بموت أحدهما وقسمة الشركة تبطل بموت أحدهما عند محمد وعند أبى يوسف رحمه الله لا تبطل والمهايأة لا تبطل بموت أحد الشريكين لانا لو أبطلناها احتجنا الى اعادتها فالشريك الحى أو وارث الميت طالب لذلك ولا فائدة فى نقض شيء يحتاج الى اعادته فى الحال ثم المهايأة قد تكون بالمكان وقد تكون بالزمان فصورة

المهايأة بالمكان فيما بدئ الباب به قال دار بين رجلين تهايآ فيها على أن يسكن كل واحد منهما منزلا معلوما وأن يؤاجر كل حصة منزله فهو جائز ولا حاجة الى بيان المدة فى صحة هذا العقد لان المهايأة قسمة المنفعة المشتركة وفى قسمة العين لاحاجة الى بيان المدة فكذلك في قسمة المنفعة المشتركة ولان الحاجة الى بيان المدة فى الاجارة لمعرفة مقدار ما يستحق من المنفعة من تلك العين على وجه به تنقطع المنازعة وكل واحد منهما هنا يستوفى المنفعة باعتبار انه ملكه والمنازعة تنقطع ببيان منزل لكل منهما ثم ان كانا شرطا فى المهايأة أن يؤاجر كل واحد منهما منزله فذلك جائز وان لم يشترطا ففى ظاهر المذهب لكل واحد منهما أن يفعل ذلك فى نصيبه وما يستوفى من الغلة حلال له وكان أبو علي الشاشي رحمه الله يقول ليس لكل واحد منهما الا ماشرط لان كل واحد منهما منتفع بنصيب صاحبه حقيقة فالمنزل الذى فى يده مشترك بينهما وليس ذلك بحكم المعاوضة بينهما لان معاوضة المنفعة بجنسها لا يجوز فعرفنا أن ذلك بطريق الاباحة والاعارة والمستعير لا يؤاجر بمطلق العقد ووجه ظاهر الرواية أن المهايأة قسمة المنفعة فما يصيب كل واحد منهما من المنفعة يجعل مستحقا له باعتبار قديم ملكه لان المنفعة جنس واحد لايتفاوت بمنزلة القسمة فى المكيل والموزون وهو يملك الاعتياض عن المنفعة المملوكة له لامن جهة غيره سواء شرط ذلك أولم يشترط وليس لأحدهما أن يحدث في منزله بناء ولا ينقضه ولا يفتح بابا فى حائط ولا كوة الا برضا صاحبه لان العين تبقى مشتركة بينهما كما كانت قبل المهايأة وأحد الشريكين لا يستبد بشئ من هذه التصرفات فى الملك المشترك مالم يرض به صاحبه وبالمهايأة انما تثبت القسمة فى المنفعة ففيما ليس من المنفعة حالهما بعد المهايأة كما قبلها وكذلك لو تهايآ على أن يكون السفل فى يد أحدهما والعلو فى يد الآخر لان كل واحد منهما مسكن بمنزلة المنزلين فى علو أوسفل وكذلك التهايؤ في الدارين على السكنى والغلة جائز وكان الكرخي رحمه الله يقول المراد اذا تراضيا عليه فأما عند طلب بعض الشركاء فالقاضى لايجبر على ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله بمنزلة القسمة للعين وقد بينا فى كتاب القسمة ان قسمة الجبر لا تجرى فى الدور عند أبى حنيفة رحمه الله بهذه الصفة فكذلك التهايؤ والاظهر أن القاضى يجبر عليه عند طلب بعض الشركاء لان القسمة فى المهايأة تلاقى المنفعة دون العين ومنفعة السكنى تتقارب ولا تتفاوت الا يسيرا بخلاف قسمة العين فالمعادلة في المالية هناك معتبرة والدور

تختلف في المالية باختلاف المكان والجيران ولهذا كان لكل واحد منهما أن يؤاجر ما في يده ويأكل غلته لان المنفعة سالمة له بهذه القسمة باعتبار قديم ملكه (ألا ترى) أن في الدارين اذا غلت ما في يد أحدهما أكثر مما غلت ما في يد الآخر فليس لواحد منهما أن يرجع على صاحبه بشيء بخلاف الدار الواحدة فهناك اذا تهايآ فيها على الاستغلال فكانت غلة نصيب أحدهما في نوبته أكثر فذلك الفضل بينهما لان في الدارين معنى القسمة والتميز بالتراجع على معنى ان كل واحد منهما يصل الى المنفعة والغلة في الوقت الذي يصل اليه صاحبه فما يستوفيه كل واحد منهما عوض عن قديم ملكه يستوجبه بعقده فيسلم له وفي الدار الواحدة كل واحد منهما بمنزلة الوكيل من صاحبه في اجارة نصيبه في نوبته اذا تهايئا على الاستغلال فانما يكون ذلك بالزمان وأحدهما يصل الى الغلة قبل وصول الآخر اليها وذلك لا يكون قضية القسمة فلا بد أن يجعل كل واحد منهما بمنزلة وكيل عن صاحبه وما يقبضه كل واحد منهما عوض عما يقبض صاحبه من عوض نصيبه فعند التفاضل يثبت التراجع فيما بينهما ليستويا ويوضح هذا أن الفرق على ماذهب اليه الكرخي رحمه الله ان في المهايأة في الدارين يعتمد التراضي عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر وعندهما قسمة الجبر في الدارين عند أبي حنيفة رحمه الله لا تجرى الا اذا رأى القاضي المصلحة فيه وعند التراضي يسلم لكل واحد منهما مارضى به صاحبه وفي الدار الواحدة لا يعتبر التراضي في المهايأة فلا بد من اعتبار المعادلة فيما هو المقصود بالمهايأة فلهذا يتراجعان فضل الغلة والمهايأة في النخل والشجر على كل الغلة باطل لان غلة النخل والشجر لا يجوز استحقاقها بعقد الاجارة فلا تستحق بالمهايأة أيضا وهذا لانها عين تبقى بعد حدوث ويتأتى فيها قسمة العين وانما جواز المهايأة فيما لا يتأتى فيها القسمة بعد الوجود حقيقة أو ما يكون عوضا منه كغلة الدار ونحوها ولهذا لا تجوز المهايأة في الغنم على الاولاد والالبان والأصواف لانها عين تحتمل القسمة بعد الوجود حقيقة ولو ادعى في دار حقا فتهايئا على أن ينزل بيتا منها من غير صلح على أن يكف عن الخصومة حتى يبدو له أن يخاصم على انه لا يستحق من سكنى البيت شيئا ولا يلزمه بخروجه حق فذلك جائز لان ذا اليد أعاره البيت والآخر ترك الخصومة زمانا ومثل هذا يجوز بالتراضي فيه ولا يتعلق به اللزوم وكل واحد منهما على حجته اذا بدا له والتهايؤ على الخدمة في العبد الواحد تجوز على الزمان هذا شهر وهذا شهر لان اعتبار المعادلة في قسمة الخدمة بالزمان ممكن وذلك في العبدين اذا تهايئا

على أن يخدم هـذا العبد أحدهما والعبد الآخر الآخر فذلك جائز أما عندهما فلان قسمة الجبر فى الرقيق تجرى فكذلك فى خدمة الرقيق وأما عنـد أبى حنيفة رحمه الله فى الرقيق لاتجرى قسمة الجبر لان اعتبار المعادلة فى المالية غير ممكن فانها تختلف بمعان باطنة لا يوقف على حدها وذلك لا يوجد فى الخـدمة والمهايأة فى خدمة العبدين والمهايأة فى خدمة العبد الواحد سواء ولو تهايئا على الغلة فى العبدين لم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وجاز فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وفى العبد الواحد لا تجوز المهايأة فى الغلة بالاتفاق فهما يقولان معنى القسمة والتمييز يترجح فى غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى نصيبه فى الوقت الذى يصـل الى صاحبه فيجوز ذلك كما فى المهايأة فى الخدمة وفى غلة الدارين فأما فى العبد الواحد فمعنى المعاوضة يغلب لانه يصل أحدهما الى الغلة قبل أن يصل الآخر اليه وفيه معنى الخطار وربما يمرض العبد فى نوبة أحدهما فيعجز عن الخدمة وربما يمتنع من الخدمة بدعوى الحرية ومعنى الخطر فى المعاوضـة مبطل له وبه فارق غلة الدار الواحـدة لان باعتبار العادة هناك الغلة تسلم لكل واحد منهما فى نوبته والغالب هو السلامة * توضيحه ان المهايأة فى الغلة من وجه كالمهايأة فى الخدمة لان الغلة بدل المنفعة ومن وجه كالمهايأة فى غلة النخل لان ما يسـلم لكل واحد منهما به عين فلشبهه بالمهايأة فى الخدمة جوزنا ذلك فى العبدين لترجح معنى القسمة فيها ولشبهه بالمهايأة فى غلة النخل أبطلنا ذلك فى العبـد الواحد وأبو حنيفة رحمه الله يقول المقصود بهذه المهايأة سـلامة سـبب ملك الحيوان فلا يجوز كالمهايأة فى غلة العبد الواحد وكالمهايأة فى أولاد الغنم وألبانها وهذا لان التهايؤ على الاستقلال لو كان يجوز فى الرقيق لكان جوازه فى العبد الواحد أولى لان معنى المعادلة والتمييز فيه أظهر منه فى العبدين فاذا لم يجز ذلك فى العبد الواحد فأولى أن لا يجوز فى العبدين وهذا لان الآدمى فى يد نفسه وربما لا ينقاد فى الاستعمال وكل واحد منهما لا يتمكن من تحصيل ماهو المقصود بنفسه فى نوبته أو فيما فى يده من العبد وقيل هذه المسئلة تنبنى على اختلافهم فى قسمة الرقيق فالمقصود لكل واحد منهما المالية هنا فأبو حنيفة رحمه الله لا يرى قسمة الجبر فى الرقيق وهما يريان قسمة الجبر فى الرقيق فكذلك فى غلة الرقيق ولهذا لاتجوز المهايأة فى غلة العبـد الواحد عندهم جميعا لان القسمة لاتجرى فيـه بخلاف المهايأة للخدمة فالمقصود هناك المنفعة دون المالية فجاز ذلك فى العبد الواحد والعبدين واذا كانت جارية بين رجلين فخاف كل واحد منهما

صاحبه عليها فقال أحدهما تكون عندك يوما وعندى يوما وقال الآخر بل نضعها على يدى عدل فانى أجعلها عند كل واحد يوما ولا أضعها على يدى عدل الا بتراضيهما لان اليد مستحقة لكل واحد منهما كالملك فكما لا يجوز ابطال ملك العين عليهما بطلب أحدهما فكذلك ابطال ملك اليد وفى التعديل ابطال اليد على كل واحد منهما ولان ما يخاف كل واحد منهما موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق وباعتبار الملك المتحقق لكل واحد منهما يستحق العبد فى نوبته فلا يجوز ابطاله عن يد ما هو موهوم فان تنازعا فيمن يبدأ به فى هذه المهايأة فالرأى فى ذلك الى القاضى يبدأ بأيهما شاء كما فى القسمة والمهايأة فى الخدمة والسكنى للقاضى أن يبدأ بأيهما شاء على وجه النظر دون الميل والاولى أن يقرع بينهما نفيا لتهمة الميل عن نفسه وقد بينا أن فيما للقاضى أن يفعله بغير اقراع يستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفى تهمة الميل عن نفسه والتهايؤ على الركوب أو الغلة فى الدابتين لا يجوز فى قول أبى حنيفة رحمه الله فيما يعلمه أبو يوسف رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز فى الغلة كالركوب جميعا أما فى الغلة فهو بناء على التهايؤ فى غلة العبدين وقد بينا ذلك وانما صحت الرواية هنا عن أبى حنيفة رحمه الله فقال فيما يعلم أبو يوسف رحمه الله لان الدابتين فى القسمة ليستا كالعبدين عند أبى حنيفة رحمه الله فقسمة الجبر فى الدابتين تجوز ولا تجوز فى العبدين ولكن لما كان المقصود أن ما يملكه كل واحد منهما بسبب ملك الحيوان يشبه هذا التهايؤ فى الغنم على الاولاد والالبان فكذلك لا يجوزه أبو حنيفة رحمه الله وأما الكلام فى المهايأة فى ركوب الدابتين فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقولان منفعة الركوب فى الدواب كمنفعة الخدمة فى العبيد والسكنى فى الدار (ألا ترى) أن استحقاق ذلك بالاجارة يجوز وكذلك استيفاؤه بالاعارة فكما لا تجوز المهايأة فى خدمة العبدين فكذلك فى ركوب الدابتين وأبو حنيفة رحمه الله يقول جواز المهايأة فى خدمة العبدين باعتبار معنى المعادلة والتمييز وذلك فى ركوب الدابتين غير ممكن فالناس يتفاوتون فى ركوب الدابة فرب راكب يروض الدابة ويثقلها الآخر ولهذا لو استأجر دابة أو استعارها ليركبها هو لم يكن له أن يركب غيره وبهذا الطريق يتعذر اعتبار معنى المعادلة بين الشريكين فى الانتفاع بالدابتين ركوبا بخلاف الخدمة والسكنى وذلك لا يختلف باختلاف المستوفى (ألا ترى) أن من استأجر عبدا للخدمة كان له أن يؤاجره من غيره واذا ثبت بهذا الطريق أن التهايؤ على الدابتين فى الركوب لا يجوز ثبت فى الغلة بالطريق

الاولى لان استقلال الدواب بالاجارة ممن ير كبها وذلك غير معلوم عند المهايأة والضرر على كل دابة يختلف باختلاف من يركبها فلهذا لا يجوز وعلى هذا الخلاف التهايؤ في ركوب دابة واحدة لانهما لا يجوز ان التهايؤ فى غلة دابة واحدة كما لا يجوز ان في غلة عبد واحد والتهايؤ فى الغنم على الالبان والأولاد لا يجوز لان ذلك يزيد وينقص ووجود أصله على خطر وكل واحد منهما لا يتمكن من تحصيل ماهو المقصود لنفسه فيما فى يده والتهايؤ فى دار وعبد على السكنى والخدمة جائز لان ماهو المقصود لكل واحد منهما يجوز استحقاقه بالمهايأة عند اتحاد الجنس فعند اختلاف الجنس أولى وعلى الغلة باطل فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهو جائز فى قولهما لان عند أبى حنيفة رحمه الله غلة العبد لا تستحق بالتهايؤ واعتبار هذا الجانب يبطل العقد واعتبار جانب غلة الدار يصححه ويتمكن المفسد من أحد الجانبين بفساد العقد كما لو باع دارا بألف درهم ورطل من خمر ولو تهايئا فى أرض على أن يزرع كل واحد منهما طائفة منها معلومة ويؤاجرها جاز بمنزلة السكنى فى الدار ولهما أن يبطلا المهايأة ويقتسما اذا بدالهما أو لاحدهما لما بينا أن قسمة العين هو الاصل فى الباب وتمام التمييز به يحصل وورثتهما فى ذلك بمنزلتهما لقيام الوارث مقام المورث فيما هو من حقه وكذلك المهايأة فى دار وأرض على أن يسكن هذا الدار ويزرع هذا الارض وكذلك المهايأة في دار وحمام لان كل واحدة من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهايأة ولو كانت المهايأة فى منزل واحد على أن يسكن أحدهما سفله والآخر علوه فانهدم العلو كان لصاحبه أن يسكن مع صاحب السفل لانه انما رضي بسقوط حقه عن سكنى السفل بشرط سلامة سكنى العلو له ولم يسلم له حين انهدم فكان هو على حقه فى سكنى السفل باعتبار ملك نصيبه وورثته فى ذلك بمنزلته وان كانا تهايئا على الخدمة فى عبد أو أمة أو فى عبد وأمة على أن تخدم الامة أحدهما والعبد الآخر واشترطا على كل واحد منهما طعام خادمه ففى القياس هذا لا يجوز لان مقدار ما يتناول من الطعام فى نوبة كل واحد منهما غير معلوم والآدمى قد ينشط للاكل فى وقت ولا ينشط فى وقت آخر والطعام عليهما سواء لاستواء ملكيهما فيه فلا تمكن فى هذا الشرط معاوضة بينهما فيما هو مجهول وفي العبد والامة هذا القياس أوضح ولكن استحسن جواز ذلك لقلة التفاوت واعتبار ما عليه عادة الناس من المساهلة في أمر الطعام وان اشترطا الكسوة بهذه الصفة لم يجز لكثرة التفاوت في الكسوة ولانه لا يجرى فى الكسوة من المساهلة ما يجرى فى

الطعام ثم كل واحد منهما بما يتناول يتقوى على الخدمة فالظاهر أن كل واحد منهما لا يمنعه
من التناول بقدر الكفاية لما له فيه من المنفعة والجهالة اذا كانت لا تفضى الى المنازعة لا تفسد
العقد ولا يوجد ذلك فى الكسوة اذ ليس للكسوة تأثير فى احداث القوة على زيادة الخدمة
فان أقتا من الكسوة شيئا معروفا لم يجز ذلك لان التفاوت يقل وينعدم بعدم بيان الوصف
والمنازعة تنقطع به ولان معنى المعاوضة هنا فيما لا يتم معنى اللزوم فيه فانه بناء على المهايأة وقد
بينا أن حكم اللزوم لا يتم بالمهايأة وفى مثله البيان الموصوف يثبت بالقسمة كما فى الصداق
ونحوه ولو كانت غنم بين رجلين فتهايئا على أن يرعاها كل واحد منهما شهرا أو على أن
يستأجر لها أجيرا جاز لان الرعى فى الدواب بمنزلة الطعام فى بني آدم أو أظهر منه فالتفاوت
ينعدم هنا والحر والعبد فى ذلك سواء وولي الصغير بمنزلة الصغير فى ذلك لانه من جملة
حوائجه يرجع الي اصلاح ملكه وهو من صنع التجار ولو تهايئا علي الخدمة فى الامتين ثم
وطىء أحدهما الامة التى عنده فعلقت فسدت المهايأة لانه تملك نصيب شريكه حين استولدها
بضمان نصف القيمة وكما لا يصح ابتداء المهايأة الا بعمل مشترك فكذلك ما لا يبقى ولا
شركة بينهما فيها بعد ما استولدها أحدهما وكذلك لو ماتت أو أبقت انتقضت المهايأة لانه انما
رضى بسلامة خدمة الأخرى لشريكه بشرط أن يسلم له خدمة التى هى في يده وقد فات
ذلك بموتها أو بإباقها ولو استخدمها الشهر كله الا ثلاثة أيام فى أول الشهر ثم مرضت أو
أبقت نقصت الآخر من شهره ثلاثة أيام باعتبار المعادلة فيما يستوفيه كل واحد منهما من
منفعة الملك المشترك ثم يستقبلان المهايأة ولو لم ينقص الثلاثة أيام حتى تم الشهر فى خدمته لم
يكن له عليه فى ذلك شيء لانه انما فضل صاحبه فى استيفاء بعض الخدمة والخدمة لا تتقوم
الا بالعقد بالتسمية وكذلك لو أبقت احداهما الشهر كله واستخدم الاخر الاخرى الشهر
كله لم يكن عليه فى تلك الخدمة ضمان ولا أجر لان المنفعة لا تتقوم بالاتلاف (ألا ترى) أنه
لو استخدم الامة المشتركة أحدهما من غير رضا الشريك لا على وجه المهايأة لم يلزمه فى
ذلك ضمان لصاحبه بمنزلة الغاصب ولو عطبت احداهما فى الخدمة لم يضمنها صاحبها لان كل
واحد منهما أمين في نصيب صاحبه مما فى يده وانما يستخدمها باذن صاحبه فيكون هو فى
ذلك كالمستعير أو المستأجر ولو زوجها من هى في يده لم يجز ذلك لان التزويج تصرف يعتمد
الولاية وثبوت الولاية بملك الرقبة وملك الرقبة لكل واحد منهما غير تام فما فى يده بعد

المهايأة كما قبلها فان وطئها الزوج فالمهر بينهما لان المهر بدل المستوفى بالوطء وذلك فى حكم جزء من العين كالارش فأما الذى زوج فله الاقل من نصف المسمى ومن نصف مهر مثلها لانه رضى بسقوط حقه فيما زاد على المسمى ورضاه معتبر فى حقه وأما الذى لم يزوج فله نصف مهر مثلها لانه لم يرض بسقوط حقه عن شئ منه بالقسمة وعلى هذا السكنى فى المنزل فانه لو انهدم من سكنى أحدهما أو احترق من نار أو قدها فيه لم يضمن لانه بمنزلة المستعير أو المستأجر ولو توضأ فيها فزلق رجل بوضوئه أو وضع شيئا فيها أو جلس فيها أو ربط فيها دابة فعبر به انسان من أهل الدار أو غيرهم لم يضمن لان هذا كله من توابع السكنى (ألا ترى) أن للمستعير والمستأجر أن يفعل ذلك ففعل كل واحد منهما بتسليط شريكه كفعلهما جميعا ولو بنى فيها بناء أو احتفر فيها بئرا فهو ضامن ويرجع عليه بقدر حصته لان هذا التصرف ليس من توابع السكنى فلا يستحقه بالمهايأة فكان هو متعديا فى نصيب شريكه والسبب متى كان بطريق التعدى فهو كالمباشرة فى ايجاب الضمان وانما يتحقق ذلك فى نصيب شريكه دون نصيبه فلهذا يرجع بقدر حصته واذا تهايأ الرجلان فى خادمين على أن يخدم أحدهما هذا سنة لفضل خدمتها والأخرى هذا الآخر سنتين فهو جائز لوجود التراضي منهما وحصول المقصود وهو المعادلة في الخدمة فان ولدت احداهما ولدا ومدة المهايأة طويلة فشب الولد فيها كانت خدمته بينهما لان استحقاق الخدمة بالمهايأة لا يسرى الى الولد بمنزلة استحقاق ذلك بالوصية أو الاجارة فالولد تولد من العين فيكون مشتركا بينهما كالاصل ولم تتناوله المهايأة مقصودا ولا تبعا فكانت خدمته بينهما كخدمة الاصل قبل واذا مات أحد الشريكين وعليه دين لم يكن لورثته أن ينفذوا المهايأة ولكن نصيبه يباع في دينه لان حق الغرماء يتعلق بمالية نصيبه بموته وهو مقدم على حق ورثته فكما لا يجوز للورثة مباشرة ابتداء المهايأة مع قيام الدين على الميت فكذلك لا يكون لهم استدامة المهايأة ولو باع أحدهما نصيبه من احدى الخادمين أو أعتقه نفذ تصرفه وبطلت المهايأة لان شركته لم تبق بعد ما نفذ بيعه فيه وعتقه واذا كاتب أحدهما نصيبه فلشريكه أن يبطل المكاتبة لدفع الضرر عن نفسه فان لم يعلم بها حتى أدت بطلت المهايأة ولو باع أحدهما نصيبه بيعا فاسدا ولم يسلم لم تبطل المهايأة وهو الشركة فى الاصل وان سلم بطلت المهايأة لزوال ملكه عن نصيبه وفى البيع الجائز بنفس العقد يزول ملكه فتبطل المهايأة سلم أو لم يسلم وكذلك لو كان المشترى

بالخيار لان ملك البائع يزول مع خيار المشترى وان كان البائع بالخيار لم تبطل المهايأة الا أن يمضى البيع لان خيار البائع يمنع زوال ملكه عن البيع فى المدة مالم يسقط الخيار والله تعالى أعلم بالصواب

باب صلح الأب والوصى والوارث

(قال رحمه الله) واذا كان للصغير دار أو عبد فادعى رجل فيه دعوى فصالحه أبوه على شئ من مال الصبي ينظر في ذلك فان كان للمدعي بينة وكان ما أعطى الأب من مال الصبي مثل حق المدعى أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز لان سبب الاستحقاق للمدعي ظاهر شرعا فالأب بهذا الصلح يصير كالمشترى لتلك العين لولده بماله والأب غير متهم في حق ولده فعند ظهور الحق للمدعى بالبينة انما تقصد الاب النظر للصبي وربما يكون له في العين منفعة لا يحصل ذلك بقيمته وان لم يكن له بينة لم يجز الصلح من الصبي لان المدعى ما استحق شيئا على الصبي بمجرد دعواه سوى الاستحلاف ولا يستحلف الأب ولا الصبي فى حال الصغر وانما يستحلف اذا بلغ فالاب يفدى هذه اليمين بمال الصغير والا فاليمين ليست بمتقومة وليس للاب ولاية دفع مال الصبي بازاء ما ليس بمتقوم فان صالح من مال نفسه فهو جائز بمنزلة أجنبي آخر صالح على مال نفسه وضمن ولو ادعى الأب حقا للصبي فى مثل ذلك ثم صالحه منه على شئ وقبضه وهو مثله أو أقل مما يتغابن الناس فيه جاز كما لو باعه ممن هو فى يده وان كان أقل منه بشئ كثير لم يجز ان كانت له بينة لان سبب استحقاق الصبي ظاهر شرعا بالحجة فهو بهذا الصلح كأنه يبيع ماله بغبن فاحش وان لم تكن له بينة على حقه فالصلح جائز لان الصبي ما استحق قبل ذى اليد شيئا سوى اليمين ولا منفعة للصبي فالاب جعل مالا بمقابلة ماليس بمال وهو غير متهم فى هذا بل هو ناظر للصبي بتصيير ماليس بمال فى حقه مالا ووصى الأب فى هذا بعد موت الاب كالاب وكذلك الجد ووصى الجد ولا يجوز صلح غير هؤلاء كالأم والأخ على الصبي ولا عنه لانه لاولاية له عليه فهو فى الصلح في حقه كالاجنبي والمعتوه بمنزلة الصبي لانه مولى عليه . ولو كان للصبي دين على رجل فصالحه أبوه على بعض وحط عنه بعضا فان كان الاب هو الذى ولي مبايعته جاز الحط فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو ضامن لما حطه ولا يجوز فى قول أبي يوسف رحمه الله وهو نظير

اختلافهم فى الوكيل بالبيع وان لم يكن ولى مبايعته لم يجز حطه وكذلك الوصى لان ثبوت
الولاية لهما مقيد بشرط النظر للصبي وليس من النظر اسقاط شئ من حقـه بالحط فهما فى
ذلك كأجنبي آخر ولو ادعى الوصى شقصا فى دار فجحده رب الدار فصالحه على دراهم قبضها
جاز ذلك ان لم يكن لهم بينة على الاصل وكانوا صغارا وكبارا لان الوصي قائم مقام الموصى
وفى هذا الصلح نظر للموصى عليه فهو بالدعوى ما استوجب على الخصم الا اليمين ولان منفعته فى
مال يقضي به دينه ويستغنى به ورثته وان كانت لهم بينة عليه وكان ما قبض مثل قيمة ذلك
أو أقل مما يتغابن الناس فيه جاز عليهم جميعا فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يجوز فى قولهما
على الكبار فى حصتهم الا برضاهم وهو نظير اختلافهم فى بيع الوصى شيئا من التركة وفى
الورثة صغار وكبار وقد بينا ذلك فى الشفعة ويستوى عندهما ان كانت لهم بينـة أو لم تكن
لانه لا ولاية للوصى على الكبار من الورثة فهو فى حقهم كأجنبي آخر وصلح وصي الأم
والأخ على الصبي مثل صلح وصى الأب فى غير العقار لان فيما سوى العقار للوصي ولاية
البيع فى تركة الموصى فكذلك له ولاية الصـلح فأما فى العقار فليس له ولاية البيع فيما صار
للصغير من هذه التركة كما لم يكن للموصى ذلك فى ملك الصبي ولا يجوز صلحه فيه أيضا
وكذلك لو كانت الورثة كبارا وصغارا فصلح الوصى فيما سـوى العقار جائز عليهم بشرط
النظر كما لا يجوز بيعه فيه للحفظ عليه واذا كان على الميت دين أو أوصى بوصية فصالح الوصى
من دعوى له فى دار فهو على ما ذكرنا فى الورثة اذا كانوا صغارا لان باعتبار الدين والوصية
يثبت للوصى فى الولاية للميت حتى يجوز بيعـه فى جميع التركة عنـد أبى حنيفة رحمه الله
فكذلك الصلح واذا ادعى الوارث الكبير على الوصى ميراثا من صامت أو رقيق أو أمتعة
فجحده ثم صالحه من جميع ذلك على عبـد أو ثوب معلوم جاز لوجود التراضى منهما على ما
اصطلحا عليه وكذلك لو قال افتـدى منك يميني بذلك لان الصلح على الانكار فداء لليمين
بالمال ولا فرق بين لفظ الفداء وبين لفظ الصلح فيـه وان كانا وارثين ادعيا ذلك قبله فصالح
احدهما على عرض من غير اقرار لم يكن للآخر أن يرجع على الوصي بشئ لانه بالصلح على
الانكار لم يصر مقرا له بشئ وانما فدى يمينـه وللآخر أن يسـتحلفه ان شـاء لان حق
الاسـتحلاف كان ثابتا لهما فاسقط ذلك أحدهما بالمال فصح ذلك فى حقه وفى حق الآخر
لا يصح الا برضاه فان أبى فهو على حقـه فى الاستحلاف وان أراد أن يشارك أخاه فيما

قبض فله ذلك باعتبار انه صار راضيا بالصلح فكأنهما صالحاه وهذا اذا كان ماادعياه مستهلكا لان الصلح مبنى على زعمهما فى حقهما وفى زعمهما أن قيمة ذلك دين على الوصى مشترك بينهما وأحد الشريكين فى الدين اذا صالح على شئ كان للآخر أن يشاركه فى المقبوض الا أن يعطيه نصف ما ادعى من ذلك فان كانت الورثة صغارا وكبارا وصالح الوصى الكبار من دعواهم ودعوى الصغار على دراهم وقبضها الكبار وأنفقوا على الصغار حصتهم من ذلك فان ذلك لايجرى على الصغار لانه لا ولاية للكبار على الصغار وللصغار أن يرجعوا بحصتهم على الوصى اذا أدركوا ويرجع الوصى على الكبار بحصة الصغار مما أخذوا لانهم يزعمون أنهم أخذوا المال عوضا عن الكل وقد استحق الصغار نصيبهم على الوصى فكان لهم أن يرجعوا بحصة ذلك من المأخوذ من الكبار واذا أقر الوصى أن لاحد الورثة عنده من ميراثه كذا وكذا درهما فأراد بقية الورثة أن يرجعوا على الوصى بحصتهم كما أقر لهذا لم يكن لهم ذلك ولكن ماأقر به لهذا فهو بينهم على المواريث لان الوصى أمين فيما فى يده من التركة والقول قول الامين فى براءة نفسه ولكن لايقبل قوله فيما يدعي من وصول المال الى غيره كالمودع اذا ادعى الرد على الوصي فهنا أيضا قول الوصى فيما يرجع الي براءته مقبول سواء ذكر انه سلم نصيب الكبار اليهم أو ان ذلك لم يصل الى يده ولكن لايقبل قوله فى اسقاط حق الكبار عما أقر به للصغير لان ذلك جزء من التركة وهو مشترك بينهم باعتبار الاصل فلا يقبل قول الوصى فى تخصيص أحدهم به ولكن يجعل ماسوى هذا من التركة كالتاوى فتبقى الشركة بينهم فى هذا واذا أقر الوصى أن عنده للميت ألف درهم وللميت ابنان ثم صالح أحدهما من حصته على أربعمائة درهم من مال الوصى لم يجز لانه أعطاه أقل من حصته وقد بينا فى الدين ان مثل هذا الصلح يجوز بطريق الاسقاط وهنا لايمكن تصحيحه بطريق الاسقاط لانه عين فى يد الوصى أمانة فلا بد من حمله على معنى المعاوضة ومبادلة الخمسمائة بأربعمائة لايجوز وكذلك لو كان مع الالف متاع فالعلة المفسدة هنا أظهر ولو أن الوصى استهلك ذلك جاز الصلح على أربعمائة لان ماستهلك صار دينا فى ذمته فهذا حط عنه بعض حقه واستوفى البعض فيصح الصلح بطريق الاسقاط واذا مات الرجل وترك ابنا وامرأة وترك رقيقا وعقارا وأمتعة فقبضها الابن واستهلكها أو لم يستهلكها ثم صالحته المرأة بعد اقرار أو انكار على دراهم مؤجلة أو حالة جاز ذلك وصلحها معه مثل صلح الأجنبي مع الأجنبي فى الدعاوى لانها تدعى ميراثا

قبله فان كان مقرا بذلك فالصلح على الاقرار جائز وما يعطيها عوض نصيبها ان كان قائما في يد الابن وان كان مستهلكا فهي قد استوفت بعض حقها وأبرأته عما بقي وان كان منكرا لحقها فالصلح مع الانكار صحيح بطريق الفداء لليمين وقد بينا وجوه صلح بعض الورثة مع البعض واستوفينا جميع ذلك وقال فان كان في الميراث عين ودين فصالح الابن المرأة من ذلك كله ماخلا المال العين والدين فهو جائز لان ماجعل مستثنى لم يتناوله عقد الصلح فكان ذلك غير موجود في التركة أصلا فكما يجوز الصلح من جميع المدعى يجوز من بعضه فيصح وهي انما صالحته عن نصيبها من العروض والعقار خاصة وذلك جائز وان كتب في كتاب البراءة انى دفعت اليك جميع حصتك من المال العين فهو جائز اذا أقرت بالقبض وان كتب انى عجلت لك ميراثك من كل مال دينا على الناس من غير أن شرطتيه علىّ فهو جائز لان اقرارها على نفسها حجة شرعا وما أقرت به كالمعاين في حقها فيبرأ الغريم من حصتها من الدين لان تبرع أحد الورثة بقضاء ذلك الوارث الآخر كتبرع أجنبي آخر ومطلق هذا التبرع يوجب براءة الغريم عنه واذا مات الرجل فأوصى بثلثه لرجل وترك ورثة وفيهم الصغير والكبير فطلب الموصي له موصيه فصالحه بعض الورثة على دراهم مسماة على أن يسلم له ذلك خاصة دون بقية الورثة فان كان الميراث ليس فيه مال غائب ولا عين حاضرة يكون ثلثه مثل ذلك فانى أجيز الصلح اذا كان المال العين في يد المصالح أو كان الميراث رقيقا أو عقارا لان الموصى له شريك الوارث في التركة فصلح الوارث معه كصلح أحد الوارثين مع الآخر وفي نظير هذا صلح أحد الوارثين مع الآخر على أن يكون نصيبه له صحيحا فكذلك صلح الوارث مع الموصى له فان كان في الميراث دين لم يجز ذلك لان ثلث ذلك الدين صار للموصى له بالثلث فهو يملك ذلك من الوارث يأخذ منه عوضه وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز وان كان عين ثلثه مثل ما أعطى أو أكثر لم يجز الصلح مراده بالعين النقد من الذهب والفضة واذا وقع الصلح على جنس ذلك ومقدار حقه من ذلك الجنس مثل ما استوفى أو أكثر فهذا الصلح يكون ربا وقد بينا فساد ذلك فيما بين الورثة فكذلك فيما بين الوارث والموصى له واذا كان المال العين في يد الوصي وكان ما أعطى الوارث الموصى له أكثر من ثلثه جاز ذلك اذا قبض الوارث ذلك من الوصي قبل أن يتفرقا وان تفرقوا قبل أن يقبض الوارث المال العين من يد الوصي ينقض من الصلح حصة المال العين لان العقد في تلك

الحصة قد صرف ويد الوصى يد أمانة فلا يصير الوارث قابضا بحكم الصرف بيد الوصى واذا
افترقا قبل أن يقبض ذلك منه فقد افترقا من المجلس قبل قبض بدل الصرف فيبطل الصلح
فى حصة ذلك ويجوز فيما سواه وكذلك ان صالحه على دنانير لان فى حكم الصرف ووجوب
القبض فى المجلس لافرق بين أن يكون العقد متناولا لجنس واحد من النقود أو جنسين
وان صالحه على مكيل أو موزون بعينه جاز لانه مشتر لما وقع عليه الصلح بنصيبه من التركة
والمشترى معلوم معين وان كان بغير عينه لم يجز لانها صفقة واحدة وفى حصة العين من
التركة يبطل هذا الصلح لانه بيع ما ليس عند الانسان فالمكيل والموزون بالدراهم يكون
مبيعا واذا فسد فى البعض فسد فى الكل واذا صالحه على ثياب موصوفة أو مؤجلة ثم تفرقا
قبل أن يقبض الوارث حصة الموصى له من المال العين بطل من الثياب حصة المال العين
لان صفة العقد فى معنى السلم فيشترط قبض رأس المال فى المجلس والا يكون دينا بدين
وان تفرقا قبل القبض بطل العقد فى ملك الحصة ولكن هذا فساد طارئ فطريان المفسد
فى البعض لايفسد العقد فى الباقى بخلاف المقارن وقد بينا نظيره فى كتاب الصرف ولو كان
هذا الصلح فى مال الوارث على أن يسلم الموصى له جميع موصيه من الورثة على سهامهم كان
القول فيه مثل ذلك فى جميع ما بينا لانه فى الصلح فى نصيب سائر الورثة هو متبرع عنهم
بأداء المال وذلك يصح منهم كما يصح من الفضولى فكأنهم صالحوه جميعا على ذلك وصلح
الوارث الموصى له وصلح الوارث سواء فى جميع ماذكرنا لانهم فى التركة شركاء وكذلك
لو كان الميراث فى يد الموصى له فصالح الوارث على أن أعطاه دراهم على أن يسلم الوارث
ميراثه لان الوارث يملك نصيبه من الموصى له بما يقبض منه من العوض فكما يجوز فيه صلح
الوارث مع الموصى له اذا كانت التركة فى يده يجوز فيه صلح الموصى له مع الوارث أيضا ولو
كان الميراث مالا معينا ومتاعا وحليا وفيه جوهر لا يخلص الا بضرر والوارث رجلان
كبيران وصغير له وصى ورجل موصى له فاصطلحوا على أن قوموا ذلك قيمة عدل وسموا
لاحد الكبيرين حليا بعينه ومتاعا ومالا وكذلك الآخر وللصغير والموصى له وأنفذوا ذلك فيما بينهم
وجعلوه لمصالحهم بتلك القيمة ولم يتقابضوا لم يجز لان العقد فيما يخص الحلى صرف وترك
القبض فى المجلس يفسد فيه وذلك مفسد للعقد فى حصة الجوهر أيضا لانه لا يمكن تخليصه
الا بضرر ومثل هذا كما لايجوز البيع فيه ابتداء فكذلك لا يبقى العقد فيه بعد ما فسد فى

حصة الحلي وقد بينا نظيره في الصرف في السيف المحلي ولو كان وارث منهم اشترى رقيقا ومتاعا بألف درهم ثم ان الوارث الآخر اشترى منهم حليا فيه جوهر بألف درهم على أن يحسب له من نصيبه لم يجز ذلك من قبل أن العقد فيه صرف ولم يوجد التقابض في المجلس ولان حصته مما على أخيه داخلة في ذلك وهو دين ولو كان بعض التركة دينا على أجنبي لم يجز مثل هذا الصلح بين الورثة فيه فكذلك اذا كان دينا على بعض الورثة قال غيره انه يجوز من ذلك الجوهر بحصته اذا كان مميزا وان كان غير مميز لم يجز شيء منه أما اذا كان غير مميز فالجواب ظاهر لان فساد العقد من حصة الحلي فالافتراق مفسد في حصة الجوهر أيضا وان كان مميزا فان كان صلحه مع جميع الورثة والموصي له فانه يجوز من حصة الجوهر لان فساد العقد هنا بترك القبض في المجلس في حصة الحلي وذلك فساد طارئ لا باعتبار ان نصيبه دين فانه ما صالح عن نصيبه على هذا الحلي وانما اشترى هذا الحلي منهم بألف درهم على أن يحسب لهم من نصيبه فكان فساد العقد باعتبار ان الحلي غير مقبوض في المجلس وان الوارث الصغير والموصى له يقبضان حصتهما مما هو دين على الأخ الآخر في المجلس وكل ذلك يفسد العقد لترك القبض في المجلس من غير أن يتبين فيه فساد العقد من الاصل فلهذا يبقى الصلح في حصة الجوهر اذا كان مميزا والله تعالى أعلم بالصواب

﴿ تم الجزء العشرون من مبسوط الامام السرخسي رحمه الله ﴾

﴿ ويليه الجزء الحادي والعشرون وأوله باب الصلح في الوصايا ﴾

﴿ فهرست الجزء العشرين من مبسوط السرخسي رحمه الله ﴾

صحيفة

صحيفة

﴿ تمت ﴾







